

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 6 i utleveringssaker

Kandidatnummer: 656

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 16995





# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Aktualitet – situasjonen i dag.....	1
1.2	Oppgavens tema.....	2
1.2.1	Problemstilling .....	2
1.2.2	Avgrensninger .....	4
1.3	Oppgavens metodebruk .....	6
1.3.1	Utgangspunkt.....	6
1.3.2	EMDs tolkning av EMK.....	7
1.3.3	EMK artikkel 6 .....	8
1.3.4	Forholdet mellom nasjonal rett og EMK.....	11
1.4	Videre fremstilling.....	11
<b>2</b>	<b>VERDIER OG HENSYN .....</b>	<b>12</b>
<b>3</b>	<b>RETTSLIG UTGANGSPUNKT .....</b>	<b>14</b>
3.1	Nasjonal jurisdiksjon som begrensning for EMDs virkeområde.....	14
3.2	Ekstraterritoriell virkning for EMK art. 2 og 3 .....	14
<b>4</b>	<b>DEN MATERIELLE NORMENS INNHOLD OG REKKEVIDDE.....</b>	<b>17</b>
4.1	Innledende bemerkninger .....	17
4.2	Etablering av normen ”a flagrant denial of a fair trial” .....	17
4.3	Videre utvikling av normens innhold .....	19
4.4	Nyere praksis fra EMD .....	20
4.5	Gjennombruddet i Othman-dommen .....	24
4.5.1	Typetilfeller .....	26
4.5.2	Flere typetilfeller?.....	29
4.5.3	Betydningen av det absolutte torturforbud .....	29
4.5.4	Rekkevidden av Othman-dommen .....	32

4.6	Norske domstolars tolkning og anvendelse av den materielle normen .....	32
4.7	Andre nasjonale domstolars tolkning og anvendelse av den materielle normen .....	36
4.8	Kort oppsummert .....	39
<b>5</b>	<b>RISIKONORMENS INNHOLD OG REKKEVIDDE .....</b>	<b>40</b>
5.1	Innledende bemerkninger .....	40
5.2	EMDs etablering av risikonormen: ”substantial grounds” og ”real risk” .....	40
5.2.1	Bevisvurdering .....	41
5.2.2	Grad av risiko .....	43
5.2.3	Tidspunkt for risikovurderingen .....	45
5.2.4	Relevans og vekt av generelle bevis i den konkrete sak .....	47
5.3	Norske domstolars tolkning og anvendelse av risikonormen .....	49
5.3.1	Innledende bemerkninger .....	49
5.3.2	Bevisvurdering og grad av risiko .....	49
5.3.3	Relevans og vekt av generelle rapporter .....	54
5.4	Kort oppsummert .....	55
5.5	Andre nasjonale domstolars tolkning og anvendelse av EMDs risikonorm .....	55
5.5.1	Grad av risiko .....	55
5.5.2	Relevans og vekt av generelle rapporter .....	56
<b>6</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER .....</b>	<b>58</b>
<b>7</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>61</b>
7.1	Litteratur .....	61
7.2	Nettkilder .....	61
7.3	Lovregister .....	62
7.4	Traktater .....	63
7.5	Domsregister .....	64

# 1 Innledning

## 1.1 Aktualitet – situasjonen i dag

Utlevering av lovbrytere utgjør en viktig del av internasjonalt justissamarbeid. I en verden som preges av økt mobilitet i befolkningen blir kriminaliteten i stadig større grad grenseoverskridende. Det knytter seg en rekke rettslige spørsmål til gjennomføringen av utleveringer. I mange tilfeller ønsker ikke personen som blir begjært utlevert å forlate staten vedkommende oppholder seg i, mens oppholdsstaten på sin side ofte ønsker å etterkomme utleveringsbegjæringen og utlevere vedkommende.

Enkelte utleveringssaker knytter seg til personer som kan kobles til internasjonal terrorisme eller som har begått internasjonale forbrytelser, som folkemord og forbrytelser mot menneskeheten. Slike saker får ofte bred mediedekning og er gjenstand for politisk debatt. Aktuelle eksempler fra norsk debatt er Mullah Krekar-saken og Bandora-saken som begge har versert for norske domstoler i de seneste år. Sistnevnte sak gjelder utlevering av en folkemordmistenkt til Rwanda. Justisdepartementet besluttet i denne saken medio oktober 2012 at utlevering til Rwanda etter begjæring fra rwandiske myndigheter kan finne sted.<sup>1</sup> I forbindelse med denne saken har statssekretær Pål Lønseth i Justis- og beredskapsdepartementet uttalt at det internasjonale samfunnet de siste årene har gjort ”kvantesprang i kampen mot straffrihet”, og at Norge ikke lenger er noen ”frihavn for folkemordere og krigsforbrytere”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Justis- og beredskapsdepartementet (2012). Vedtaket om utlevering er imidlertid anket inn for Kongen i Statsråd, og er således stilt i bero til saken er behandlet der. Forsvarer har også uttalt at det er aktuelt å bringe saken inn for EMD. Dette medfører ytterligere forsinkelse for utleveringen. Se Jonassen (2012).

<sup>2</sup> Jonassen (2012).

Et kjent eksempel fra Storbritannia er debatten knyttet til Omar Othman-saken, som gjelder utlevering av en terrormistenkt til Jordan. Saken har en rekke paralleller til Mulah Krekar-saken. Både i Bandora-saken og Othman-saken er mangler ved rettergangen i mottakerstaten, som hevdes å stride mot den europeiske menneskerettskonvensjon, anført som rettslig grunnlag for at utlevering ikke kan finne sted. Mangler ved retten til rettferdig rettergang i mottakerstaten er denne oppgavens tema.

## **1.2 Oppgavens tema**

### **1.2.1 Problemstilling**

Oppgavens problemstilling er i hvilken utstrekning og på hvilke vilkår menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 6 får ekstraterritoriell virkning i utleveringssaker. Ekstraterritoriell virkning innebærer at krenkelse av konvensjonsfestede rettigheter som skyldes forhold utenfor en konvensjonsstats grenser i visse tilfeller kan medføre ansvar for rettighetsbrudd for denne konvensjonsstaten. Dette medfører i praksis at konvensjonen får rettsvirkning utenfor det opprinnelige territorielle virkeområdet, og dermed utvides konvensjonsvernet. Siden utleveringssaker enten knytter seg til en allerede gjennomført eller en forestående rettssak i mottakerstaten, vil ekstraterritorielle virkninger for konvensjonen i slike saker i vesentlig grad være knyttet til anførsler om at utlevering vil være i strid med retten til rettferdig rettergang nedfelt i EMK artikkel 6. Det presiseres at ekstraterritoriell virkning for konvensjonsbeskyttede rettigheter i utleveringssaker ikke gir uttrykk for destinasjonslandets ansvar, men er basert på den utleverende stats ansvar etter EMK for konsekvensene av denne stats handlinger som følge av utleveringen.<sup>3</sup>

EMK artikkel 6 oppstiller en lang rekke prosessuelle garantier som skal sikre retten til rettferdig rettergang:

---

<sup>3</sup> Lorenzen (2011) s. 244.

#### Art 6. Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.
2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.
3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:
  - a. to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
  - b. to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;
  - c. to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not a sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
  - d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
  - e. to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.<sup>4</sup>

Artikkelen er en meget sentral konvensjonsbestemmelse som har vært gjenstand for omfattende prøving av menneskerettighetsdomstolen (EMD).<sup>5</sup> Når ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 6 påberopes i utleveringssaker er spørsmålet om det foreligger mangler ved rettergangen i mottakerstaten som hindrer utlevering til straffeforfølgning eller straffullbyrdelse i mottakerstaten. Staten som begjærer utlevering omtales i det følgende som den anmodende stat, mens staten som utleverer er den anmodede stat. EMK artikkel 6 gir uttrykk

---

<sup>4</sup> Konvensjonsteksten er hentet fra Lovdata.

<sup>5</sup> Jacobs (2010) s. 242. Opsahl (1996) s. 36 omtaler bestemmelsen som en hjørnestein i konvensjonen.

for et overordnet prinsipp om ”fair trial” (rettferdig rettergang).<sup>6</sup> Prinsippets rekkevidde som skranke mot utlevering er oppgavens tema. De konkrete prosessuelle garantiene som oppstilles i bestemmelsen behandles i den utstrekning de er nødvendige for å belyse ”fair trial”-prinsippet.

### 1.2.2 Avgrensninger

Utleveringssaker reiser en rekke spørsmål. I denne oppgaven er det rekkevidden av ekstra-territoriell virkning for EMK artikkel 6 som behandles. Øvrige spørsmål faller det utenfor oppgavens problemstilling å behandle. For å plassere oppgavens tema i det rettslige landskapet, nevnes likevel enkelte sentrale tilgrensende problemstillinger.

Det avgrenses mot flyktningretten, der den som begjæres utlevert har krav på beskyttelse etter prinsippet om non refoulement, slik dette følger av flyktningkonvensjonen (jf. utlendingsloven kapittel 9) og EMK artikkel 3. I tillegg avgrenses det mot vilkårene for utlevering oppstilt i nasjonal utleveringslovgivning.<sup>7</sup>

Videre avgrenses det mot utlevering til stater innenfor EMKs virkeområde og stater som er omfattet av den europeiske utleveringskonvensjonen, det nordiske utleveringssamarbeidet, og bilaterale utleveringsavtaler. Utlevering til disse statene presumeres å være i overensstemmelse med forpliktelsene etter EMK artikkel 6.

---

<sup>6</sup> Høstmølingen (2012) s. 200 flg.

<sup>7</sup> Disse omfatter krav til dobbel straffbarhet, forbud mot utlevering av egne statsborgere, krav til alvorlighetsgrad for forbrytelsen man begjæres utlevert for, forbud mot utlevering for politiske og militære lovbrudd, forbud mot utlevering der utlevering kan medføre overføring til en tredje stat, humanitære hensyn, samt *ne bis in idem*.



Utlevering til overnasjonale domstoler som internasjonale tribunaler er særskilt regulert gjennom ulike traktater og faller dermed også utenfor oppgavens tema.<sup>8</sup> Det kan her tales om ”overlevering”, snarere enn utlevering i mellomstatlig forstand, siden disse domstolene er opprettet gjennom overnasjonalt samarbeid.

Det kan også oppstilles et skille mellom aktiv utlevering, der man anlegger den anmodende stats synsvinkel og passiv utlevering der man anlegger den anmodede stats synsvinkel.<sup>9</sup> Det er passiv utlevering som behandles her.

Temaet for oppgaven er det som i teorien har blitt omtalt som ”uegentlig ekstraterritoriell virkning”.<sup>10</sup> Slike virkninger knytter seg direkte til konvensjonsstatens territorium, og er derfor ikke ekstraterritorielle i ordets tradisjonelle forstand. Samtidig som det er utsendelsen fra en konvensjonsstat som i slike tilfeller vil kunne innebære brudd, knytter bruddet seg til at forhold utenfor konvensjonsstatens jurisdiksjon blir tillagt betydning. Eksempler er utlevering ved fare for tortur eller ved manglende rettferdig rettergang i mottakerstaten. I disse tilfellene er det utleveringen i seg selv som vil innebære konvensjonsbrudd.<sup>11</sup> Således skiller de uegentlige ekstraterritorielle virkninger seg fra det som omtales som egentlig ekstraterritoriell virkning, som omfatter situasjoner der konvensjonsstater av ulike grunner intervenerer på andre staters territorium. Slik intervensjon kan omfatte alt fra fullstendig

---

<sup>8</sup> Se henholdsvis lov av 24. juni 1994 nr. 38 om gjennomføring i norsk rett av De forente nasjoners sikkerhetsråds vedtak om opprettelse av en internasjonal domstol for forbrytelser i det tidligere Jugoslavia og Rwanda, samt lov av 15. juni 2001 nr. 65 om gjennomføring i norsk rett av Den internasjonale straffedomstols vedtekter av 17. juli 1998 (Roma-vedtektene), jf. Mathisen (2009) s. 22 i note 11.

<sup>9</sup> Mathisen (2009) s. 32.

<sup>10</sup> Leonhardsen (2007) s. 234.

<sup>11</sup> Leonhardsen (2007) s. 239.

okkupasjon via *ad hoc*-operasjoner til gjenoppbygging.<sup>12</sup> I slike tilfeller oppstår spørsmål om konvensjonsstatene er forpliktet etter konvensjonen utenfor eget territorium.

### 1.3 Oppgavens metodebruk

#### 1.3.1 Utgangspunkt

Oppgaven vil ha et rettsdogmatisk utgangspunkt, der praksis fra EMD står sentralt. Det faller utenfor oppgaven å redegjøre i dybden for EMDs generelle metode, som er grundig belyst i teorien.<sup>13</sup> En kort fremstilling følger nedenfor. Oppgavens problemstilling er i liten grad undergitt en samlet behandling i norsk juridisk teori, med unntak av Gjermund Mathisen (2009) som berører temaet i sin avhandling *Utlevering for straffbare forhold*.<sup>14</sup>

Vilkårene for og rekkevidden av ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 6 springer ut av praksis fra EMD. Denne praksisen er en sentral tolkningsfaktor for nasjonale domstoler som håndhever EMK på nasjonalt nivå. Det er derfor av interesse å studere hvordan nasjonale domstoler tolker og anvender de rettslige normene oppstilt av EMD. Til dette formålet trekkes norsk, dansk og svensk rettspraksis inn i oppgaven.

Spørsmålene som oppstår ved vurderingen av rekkevidden av ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 6 kan knyttes til to vurderingsnormer. Innholdet i disse normene er utviklet av EMD over tid, og kan oppstilles som henholdsvis en *materiell vurderingsnorm* og en *risikonorm*. Den materielle normen knytter seg til vurderingen av hvor grovt bruddet på artikkel 6 må være for at bestemmelsen skal kunne få ekstraterritoriell virkning. Risikonormen berører tre sentrale spørsmål; hvilke beviskrav knyttet til forholdene i mottakerstaten skal oppstilles av den anmodede stat ved begjæring om utlevering, hva er tidspunktet

---

<sup>12</sup> Leonhardsen (2007) s. 240.

<sup>13</sup> Se for eksempel Andenæs (2012) s. 56-67 og Høstmælingen (2012) s. 89-112.

<sup>14</sup> Mathisen (2009), særlig s. 323-328.

for vurderingen og hvilken grad av sannsynlighet kreves. Oppgaven tar sikte på å fastlegge innholdet i og rekkevidden av disse normene.

For å sette oppgavens tema i kontekst redegjøres det først kort for de generelle prinsippene EMD har oppstilt for tolkning av EMK. Det knyttes så noen kommentarer til EMK artikkel 6. Deretter behandles nasjonale domstolars tolkning av EMK kort.

### 1.3.2 EMDs tolkning av EMK

EMD fortolker EMK innenfor rammene oppstilt i Wien-konvensjonen,<sup>15</sup> selv om domstolen sjelden viser direkte til denne konvensjonen.<sup>16</sup> Det følger av Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 1 at det ved tolkning av konvensjoner og traktater skal tas utgangspunkt i traktatens ordlyd, sett i lys av traktatens gjenstand og formål ("object and purpose"). I *Soering mot Storbritannia*<sup>17</sup> oppstilte EMD prinsippet om at konvensjonen skal tolkes slik at den sikrer rettigheter som er praktiske og effektive, og ikke teoretiske og illusoriske.<sup>18</sup> Dette er i tråd med uttalelsen i *Tyrer mot Storbritannia*,<sup>19</sup> hvor EMD uttalte at konvensjonen er et levende instrument, som skal tolkes i lys av nåtidens forhold.<sup>20</sup> Selv om domstolen prinsipielt ikke er bundet av sine tidligere avgjørelser, spiller tidligere domstolspraksis en sentral rolle ved fortolking av EMKs bestemmelser.<sup>21</sup> EMD har selv uttalt at hensyn til forutberegnelighet tilsier at det skal gode grunner til for å fravike tidligere praksis.<sup>22</sup> Disse uttalel-

---

<sup>15</sup> Wien-konvensjonen om traktatretten (Vienna Convention on the Law of Treaties).

<sup>16</sup> Lorenzen (2011) s. 21.

<sup>17</sup> *Soering mot Storbritannia* (14038/88), Strasbourg, 7. juli 1989.

<sup>18</sup> *Soering mot Storbritannia* i premiss 87.

<sup>19</sup> *Tyrer mot Storbritannia* (5856/72), Strasbourg, 25. april 1978.

<sup>20</sup> *Tyrer mot Storbritannia* i premiss 31.

<sup>21</sup> Lorenzen (2011) s. 25.

<sup>22</sup> *Goodwin mot Storbritannia*, (28957/95) Strasbourg, 11. juli 2002 i premiss 74-75.

sene innebærer i praksis en dynamisk formålsfortolkning av EMK, i tråd med generell folkerettslig metode.<sup>23</sup>

EMD har uttrykt at EMK skal tolkes på andre premisser enn alminnelige mellomstatlige traktater, fordi konvensjonen oppstiller objektive forpliktelser for alle medlemsstater, og ikke regulerer mellomstatlige forhold i tradisjonell forstand.<sup>24</sup> EMD uttalte i *Soering-dommen* at ved tolkning av konvensjonen må man ta hensyn til konvensjonens ”special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms”.<sup>25</sup>

Det kan nok stilles spørsmål ved hvor stor vekt denne uttalelsen bør tillegges, siden det eksisterer en rekke andre domstolsliknende organer med individklageordning for andre konvensjoner, som for eksempel EU-domstolen og FNs Menneskerettskomite. Denne kompleksiteten medfører en fare for at ulike domstoler kan pålegge kontraherende stater motstridende folkerettslige forpliktelser.<sup>26</sup> Gjennom inkorporeringen av EMK i nasjonal lovgivning er det imidlertid liten tvil om at EMK og EMDs praksis spiller en sentral rolle i europeisk rettsutvikling.

### 1.3.3 EMK artikkel 6

EMD har i sin praksis oppstilt særlige tolkningsprinsipper for EMK artikkel 6. I *Delcort mot Belgia*,<sup>27</sup> som var en av de første sakene som omhandlet brudd på artikkel 6, slo domstolen fast at bestemmelsen skal undergis en vid formålsfortolkning.<sup>28</sup> Domstolen uttalte i

---

<sup>23</sup> Andenæs (2012) s. 89.

<sup>24</sup> Lorenzen (2011) s. 21.

<sup>25</sup> *Soering mot Storbritannia* i premiss 87.

<sup>26</sup> Lorenzen (2011) s. 22.

<sup>27</sup> *Delcort mot Belgia* (2689/65), Strasbourg, 17. januar 1970.

<sup>28</sup> Lorenzen (2011) s. 369.

saken at en restriktiv fortolkning av artikkel 6 ville være i strid med bestemmelsens siktemål.<sup>29</sup> EMD har også uttalt at artikkel 6 skal tolkes slik at vernet av bestemmelsens rettigheter ikke blir hypotetisk og illusorisk, men praktisk og effektivt.<sup>30</sup>

#### 1.3.3.1 Prosessuelle garantier

I EMK artikkel 6 nr. 1 oppstilles en rekke prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som konvensjonsstatene forplikter å etterleve ved gjennomføringen av sivile saker og straffesaker.<sup>31</sup> Artikkel 6 gir ikke EMD en generell hjemmel til å overprøve nasjonale domstolars lovanvendelse eller bevisbedømmelse. Dette følger også av subsidiaritetsprinsippet.<sup>32</sup> EMD er således ikke en ”fjerdeinstans”.<sup>33</sup> I den konkrete sak kan imidlertid domstolen finne at vilkårlig bevisførsel er i strid med retten til ”fair trial” etter artikkel 6.

Kravene til rettferdig rettergang i artikkel 6 nr. 1 er av organisatorisk og strukturell art. Bestemmelsen krever at konvensjonsstatene sikrer at rettssaker avgjøres ved rettferdig behandling for upartiske og uavhengige domstoler, og at avgjørelsen skal skje innen rimelig tid og være offentlig tilgjengelig. I artikkel 6 nr. 2 og 3 oppstilles en rekke krav til rettergangen i straffesaker. Det særlige behovet for å ivareta rettssikkerheten i straffesaker tilsier en presisering av hvilke konvensjonsforpliktelser som påhviler statene i slike saker. I artikkel 6 nr. 2 oppstilles uskyldspresumsjonen som en rettssikkerhetsgaranti. Artikkel 6 nr. 3

---

<sup>29</sup> *Delcourt mot Belgia* i premiss 25.

<sup>30</sup> *Airey mot Irland* (6289/73), Strasbourg, 9. oktober 1979, i premiss 24.

<sup>31</sup> Lorenzen (2011) s. 366.

<sup>32</sup> Se fra norsk rettspraksis Rt. 2010 s. 1170 avsnitt 82, hvor førstvoterende påpeker at ”[o]rdningen med klage til håndhevingsorganene er subsidiær og skal gi beskyttelse dersom statene ikke sikrer individenes konvensjonsbeskyttede rettigheter. Dette har hele tiden vært en hjørnestein i konvensjonene og har også med den økende klageflom til håndhevingsorganene blitt stadig sterkere aksentuert.”

<sup>33</sup> Jacobs (2010) s. 277, Lorenzen (2011) s. 366.

fastlegger en rekke sentrale straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantier. Disse omfatter retten til å forsvare seg og la seg bistå av forsvarer, rett til å bli underrettet om siktelsens innhold og grunnlag, rett til å føre vitner og rett til bistand av tolk. Alle disse konkretiseringene er utslag av prinsippet ”equality of arms”, som igjen er et utslag av ”fair trial”-prinsippet.<sup>34</sup>

#### 1.3.3.2 Derogasjonsadgang

Adgangen til å derogere fra en konvensjonsbestemmelse kan gi en indikasjon på hvor grunnleggende bestemmelsen er ansett å være. Dette kan ha betydning for rekkevidden av de enkelte bestemmelsenes ekstraterritorielle virkning. Artikkel 6 er ikke nevnt i derogasjonsbestemmelsen i EMK artikkel 15. Det er derfor intet til hinder for at rettighetene i artikkel 6 kan fravikes dersom vilkårene i artikkel 15 er oppfylt.<sup>35</sup> Artikkel 6 er således ikke en absolutt rettighet etter konvensjonen på samme måte som for eksempel artikkel 2 og 3. Denne forskjellen på absolutte og mindre absolutte konvensjonsrettigheter kan få betydning ved fastsettelsen av rekkevidden for ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 6. Vilårene som oppstilles for derogasjon i artikkel 15 er imidlertid svært strenge, og artikkel 15 har karakter av å være en sikkerhetsventil. Derogasjonsbestemmelsen er dessuten ikke formulert som en individrettighet, men kan påberopes av en innklaget konvensjonsstat som en innsigelse. Artikkel 15 kan dessuten åpne for mellomstatlige klagesaker.<sup>36</sup> Anvendelsesområdet for artikkel 15 er derfor snevert.

---

<sup>34</sup> Lorenzen (2011) s. 367.

<sup>35</sup> Se for eksempel *Irland mot Storbritannia* (5310/71), Strasbourg, 18. januar 1978.

<sup>36</sup> Lorenzen (2011) s. 1003

### 1.3.4 Forholdet mellom nasjonal rett og EMK

EMK er inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven § 2 nr. 1.<sup>37</sup> Konvensjonen har forrang ved motstrid med norsk lov.<sup>38</sup> I norsk rett reguleres utleveringsinstituttet gjennom utleveringsloven og arrestordreloven.<sup>39</sup> Menneskerettsloven pålegger norske domstoler å anvende disse lovene i tråd med EMK.

Tilsvarende gjelder også for andre europeiske lands rett, selv om konvensjonsstatene har valgt til dels ulike måter å implementere konvensjonen på. Også i Danmark og Sverige er konvensjonen gjort til nasjonal rett ved inkorporasjon.<sup>40</sup>

## 1.4 Videre fremstilling

Den videre fremstillingen er delt inn fem hoveddeler. Først følger en redegjørelse for de hensyn som ligger bak henholdsvis EMK og utleveringsinstituttet. Hensynene er sentrale for å forstå motsetningen som kan oppstå i relasjonen mellom individets konvensjonsfestede rettigheter og et effektivt utleveringsinstitutt (del 2). Deretter følger en redegjørelse for noen rettslige utgangspunkter som ligger til grunn for oppgaven. Her behandles kort praksis fra EMD knyttet til ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 2 og 3, som danner utgangspunktet for utviklingen av ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 6 (del 3). Videre følger en drøftelse av innholdet i og rekkevidden av den materielle normen for ekstrater-

---

<sup>37</sup> Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

<sup>38</sup> Jfr. menneskerettsloven § 3

<sup>39</sup> Lov av 13. juni 1975 om utlevering av lovbrytere (utleveringsloven) og lov av 20. januar 2012 nr. 4 om pågriping og overlevering til og fra Norge for straffbare forhold på grunnlag av en arrestordre (arrestordreloven).

<sup>40</sup> Lovbekendtgørelse 1998-10-19 nr. 750 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention § 1. Se Påle (2003) s. 77 om Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

ritoriell virkning for EMK artikkel 6 (del 4) og en drøftelse av innholdet og rekkevidden av risikonormen (del 5). Til sist samles trådene i noen avsluttende bemerkninger (del 6).

## **2 Verdier og hensyn**

I utleveringssaker blir et individ begjært utlevert av en anmodende stat, fordi vedkommende henholdsvis er siktet, tiltalt eller dømt for et straffbart forhold i denne staten. Der vedkommende er siktet eller tiltalt utleveres personen til strafforfølgning, mens der det foreligger rettskraftig dom gjelder begjæringen utlevering til strafffullbyrdelse.<sup>41</sup> Vi finner oss derfor på et rettsområde som ligger i skjæringspunktet mellom straffeprosess og menneskerettigheter. På et overordnet plan styres de mellomstatlige relasjonene av folkeretten.<sup>42</sup>

Det grunnleggende hensynet bak utleveringsinstituttet er å ivareta en effektiv strafferettspleie på tvers av landegrensene. Fra et overordnet perspektiv kan utlevering til strafforfølgning eller strafffullbyrdelse beskrives som et internasjonalt samarbeid for å hindre at lovbrøtere skal kunne unndra seg strafforfølgning eller fullbyrdelse av straffedommer. Slik utgjør utleveringsinstituttet rettslig bistand til en annen stats myndigheter i forbindelse med pågående etterforskning eller straffesak. I dette bildet er utlevering en del av den grenseoverskridende eller internasjonale strafferettspleien.<sup>43</sup> I takt med økt globalisering og en stadig mer mobil befolkning, står utleveringsinstituttet sentralt for å minske unndragelsesfaren. Slik kan hensynet bak utleveringsinstituttet ses som et systemhensyn.

EMK har ingen bestemmelser som direkte tar sikte på å verne individet mot utlevering. Vernet mot utlevering regnes ikke som en menneskerettighet i konvensjonens forstand.

---

<sup>41</sup> Mathisen (2009) s. 21.

<sup>42</sup> Påle (2003) s. 72.

<sup>43</sup> Mathisen (2009) s. 21.



Denne mangelen på direkte beskyttelse mot utlevering kan begrunnes i det folkerettslig anerkjente behovet statene har for å regulere opphold på eget territorium, som følger av suverenitetsprinsippet.<sup>44</sup>

EMK knesetter konvensjonsstatenes positive plikt til å ivareta borgernes sikkerhet, blant annet ved å straffeforfølge lovbrudd begått mot individer på konvensjonsstatens territorium.<sup>45</sup> Utlevering kan i et systemperspektiv ses som en del av denne plikten til å straffeforfølge. Selv om det grunnleggende hensynet bak menneskerettighetene først og fremst er å sikre individets rettigheter og friheter, mens utleveringsinstituttet i større grad er tuftet på systemhensyn og hensynet til en effektiv strafferettspleie, er de to ikke nødvendigvis motstridende størrelser i et verdimessig perspektiv.

Det hender imidlertid at hensynet til henholdsvis menneskerettigheter på den ene side og utleveringsinstituttet på den annen side kan lede til ulike resultater i konkrete utleveringssaker. I enkelte saker kan hensynet til utøvelsen av en effektiv strafferettspleie uten hinder av landegrenser komme i konflikt med individets rettigheter nedfelt i konvensjonen. Disse tidvis motstridende hensynene kommer til syne i utleveringssaker der den anmodende staten ikke er i stand til å oppfylle individets konvensjonsfestede rettigheter ved en utlevering. Her må det vurderes hvilke hensyn som veier tyngst. De grunnleggende hensynene og den tidvise spenningen mellom dem er sentrale ved drøftelsen av den materielle normen og risikonormen i utleveringssaker. Hensynene kan i konkrete saker tillegges ulik vekt. Dette kan bidra til å påvirke rekkevidden av den ekstraterritorielle virkning for artikkel 6 i den enkelte sak.

---

<sup>44</sup> Emberland (1999) s. 31-32.

<sup>45</sup> Mirmotahari (2007) s. 18-29.

### 3 Rettslig utgangspunkt

#### 3.1 Nasjonal jurisdiksjon som begrensning for EMDs virkeområde

Artikkel 6 er en garanti for konvensjonsstatenes innbyggere mot rettslig vilkårlighet og statlig maktmisbruk. Utgangspunktet for konvensjonsstatenes forpliktelser etter artikkel 6, er at en konvensjonsstat ikke kan holdes ansvarlig for brudd på konvensjonen som begås i stater som ikke har ratifisert konvensjonen.<sup>46</sup> Dette følger av EMK artikkel 1, som fastslår at konvensjonsstatene ”skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjon”. Hovedregelen er følgelig at konvensjonens anvendelsesområde er begrenset til konvensjonsstatenes territorium. Det følger av EMK artikkel 59 at det kun er europeiske stater som har mulighet til å slutte seg til konvensjonen. Dette medfører som utgangspunkt et begrenset geografisk virkeområde for konvensjonsrettighetene.

EMD har imidlertid modifisert dette utgangspunktet. I *Soering mot Storbritannia* slo domstolen fast at konvensjonen i visse tilfeller pålegger forpliktelser for konvensjonsstater som følge av forholdene i en stat utenfor konvensjonens jurisdiksjonsområde. I utleveringssaker vil slike forhold først bli en realitet i det øyeblikket en person blir utlevert av konvensjonsstaten. Det er således konvensjonsstatens beslutning om utlevering som medfører at et individ risikerer å bli utsatt for behandling i strid med konvensjonen. Det er i slike tilfeller artikkel 6 kan få ekstraterritoriell virkning.

#### 3.2 Ekstraterritoriell virkning for EMK art. 2 og 3

Det er i EMD-praksisen som har behandlet spørsmål knyttet til ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 2 og 3 premissene legges for ekstraterritoriell virkning for artikkel 6. Domstolen har i enkelte sentrale avgjørelser kommet med prinsipielle uttalelser som knytter seg til hva som kreves for at artikkel 6 skal få ekstraterritoriell virkning.

---

<sup>46</sup> Kjølbro 2010 s. 49-50.

EMD slo i *Soering*-dommen fast at artikkel 2 og 3 gis ekstraterritoriell virkning dersom de grunnleggende rettighetene oppstilt i bestemmelsene vil bli krenket ved utlevering til en stat som ikke er omfattet av konvensjonen.<sup>47</sup> Dette var første gang domstolen tok stilling til om rettigheter oppstilt i konvensjonen kunne gis ekstraterritoriell virkning. Saken gjaldt en tysk statsborger som ble begjært utlevert fra Storbritannia til USA. Soering risikerte dødsstraff i delstaten Virginia for drap på kjærestens foreldre ved en eventuell utlevering. EMD fant at dødsstraff i seg selv ikke er i strid med artikkel 2 eller 3.<sup>48</sup> Men domstolen fant at utlevering ville være i strid med EMK artikkel 3, fordi forholdene på ”death row”, som av EMD ble omtalt som ”the death row phenomenon”, var i strid med forbudet i artikkel 3 mot umenneskelig og nedverdiggende behandling. Det var disse ekstreme forholdene fangene ble utsatt for på ”death row” over lang tid som var i strid med artikkel 3, og som ville medføre konvensjonsansvar for Storbritannia ved en utlevering.

I *Soering*-dommen fastholdt domstolen i et *obiter dictum* at det kan tenkes situasjoner der artikkel 6 vil kunne få tilsvarende ekstraterritoriell virkning. Domstolen oppstilte som en skranke mot utlevering at utleveringen ville medføre ”a flagrant denial of a fair trial in the requesting country”.<sup>49</sup> Domstolen knyttet uttalelsen opp mot straffesaker, og det er derfor antatt at ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 6 er begrenset til straffesaker.<sup>50</sup> EMDs

---

<sup>47</sup> *Soering mot Storbritannia* i premiss 87-88.

<sup>48</sup> Nyere praksis tyder imidlertid på at dødsstraff nå anses om konvensjonsstridig av EMD. Domstolen viste i *Öcalan mot Tyrkia* (46221/99), Strasbourg 12. mai 2005, og *Bader og Kanbor mot Sverige* (13284/04) Strasbourg, 8. november 2005, til den brede oppslutningen om tilleggsprotokoll 6, som forbyr dødsstraff. Se Jacobs (2011) s. 144.

<sup>49</sup> *Soering mot Storbritannia* i premiss 113. I enkelte senere dommer anvender EMD uttrykket ”flagrant denial of justice”. De to uttrykkene knytter seg begge til begrepet ”flagrant denial”, og det antas at begge gir uttrykk for den samme vurderingen.

<sup>50</sup> Jacobs (2010) s. 275.

uttalelse i *Soering* har vært sentral for de etterfølgende tilfellene der domstolen har drøftet ekstraterritoriell virkning for artikkel 6, og har dannet grunnlaget for domstolens utvikling av en materiell vurderingsnorm og en risikonorm.

Prinsippet om ekstraterritoriell virkning for konvensjonens artikkel 2 og 3 er senere opprettholdt og videreutviklet i en rekke dommer avsagt i Strasbourg. *Chahal mot Storbritannia*<sup>51</sup> gjaldt utvisning av en militant sikh fra Storbritannia, som britiske myndigheter mente utgjorde en trussel mot nasjonens sikkerhet. Spørsmålet var om man på bakgrunn av artikkel 3 kunne oppstille et absolutt forbud mot utvisning. EMD fremholdt at offerets atferd er irrelevant ved vurderingen av torturforbudet i artikkel 3.<sup>52</sup> Slik understreket domstolen i denne dommen at torturforbudet oppstilt i artikkel 3 er absolutt.

Torturforbudets absolutte karakter spilte også en sentral rolle for EMD i *Othman mot Storbritannia*,<sup>53</sup> som blir grundig behandlet nedenfor. Her fant domstolen at føring av bevis fremskaffet ved tortur var i strid med retten til rettferdig rettergang etter artikkel 6, under henvisning nettopp til artikkel 3. Domstolen gav på dette grunnlaget artikkel 6 ekstraterritoriell virkning for første gang. EMD-praksisen som ledet opp til resultatet i *Othman*-dommen behandles i det følgende. Formålet er å belyse utviklingen av innholdet i normene EMD har oppstilt som skranke for å nekte utlevering med grunnlag i EMK artikkel 6. Praksisen behandles kronologisk. Den materielle normen drøftes først, og deretter risikonormen.

---

<sup>51</sup> *Chahal mot Storbritannia* (22414/93), Strasbourg, 15. november 1996.

<sup>52</sup> *Chahal mot Storbritannia* i premiss 79-80.

<sup>53</sup> *Othman mot Storbritannia* (8139/09), Strasbourg, 17. januar 2012.

## **4 Den materielle normens innhold og rekkevidde**

### **4.1 Innledende bemerkninger**

Det sentrale spørsmålet i det følgende er hva som kreves for at en utlevering skal medføre ansvar for konvensjonsstaten etter artikkel 6 der individet som begjæres utlevert påstår at retten til rettferdig rettergang vil bli krenket i den anmodende stat.

EMDs anvendelse av begrepet ”a flagrant denial of a fair trial” gir uttrykk for en materiell norm som utgjør en skranke mot utlevering. Begrepet kan oversettes til det norske uttrykket ”klar rettsfornektelse” eller ”åpenbar rettsfornektelse”.<sup>54</sup> Begge uttrykkene gir anvisning på at det kreves konvensjonsbrudd av en viss alvorlighetsgrad for at artikkel 6 skal få ekstraterritoriell virkning. Siden *Soering*-dommen er normen gjentatt i en rekke dommer fra EMD som et materielt krav for at artikkel 6 skal kunne få ekstraterritoriell virkning. I det følgende redegjøres det for hvordan denne materielle normen har utviklet seg over tid i EMDs praksis.

### **4.2 Etablering av normen ”a flagrant denial of a fair trial”**

Det har siden *Soering*-dommen blitt avsagt en rekke andre dommer der EMD fremholder at artikkel 6 kan få ekstraterritoriell virkning. I disse dommene etableres det en forbindelse mellom den materielle normen ”flagrant denial” for artikkel 2 og 3 og den tilsvarende vurderingen for artikkel 6.

---

<sup>54</sup> Slik henholdsvis RG 2011 s. 1063 (”klar”) og LA-2012-101486 (”åpenbar”). Avgjørelsene vil bli nærmere drøftet nedenfor i avsnittet om norsk rettspraksis.

I *Drozd og Janousek mot Frankrike og Spania*<sup>55</sup> ble to tsjekkosllovakere idømt lange fengselsstraffer i Andorra. Det er sedvane at tiltalte som dømmes i Andorra soner sin straff i Frankrike eller Spania, som deler det administrative ansvaret for Andorra. Franske og spanske dommere fungerer derfor som dommere også i Andorra. Dommen gjelder således ikke en utleveringssak i tradisjonell forstand, men er snarere en sak om rekkevidden av statlig jurisdiksjon. Dommen er likevel nyttig for å belyse rekkevidden av konvensjonsstatenes ansvar etter artikkel 6. Først og fremst er det vesentlig at EMD i dommen uttalte at konvensjonsstater ikke plikter å samarbeide med stater der domfellelse “is the result of a flagrant denial of justice”.<sup>56</sup>

Dissenterende dommer Matschers uttalelse i dommen er dessuten av interesse i drøftelsen av rekkevidden av ekstraterritoriell virkning for artikkel 6. Han uttalte at domstolens praksis viste at visse konvensjonsbestemmelser har det man kan kalle ”indirect effect”, selv der de ikke får direkte anvendelse.<sup>57</sup> Som en konsekvens av dette kan en konvensjonsstat bli ansvarlig for brudd på for eksempel artikkel 3 eller artikkel 6 ved utlevering eller utvisning, dersom den som utvises risikerer å bli utsatt behandling som krenker individets rettigheter beskyttet i konvensjonen. Dommer Matscher uttalte også at ”other hypothetical cases of an indirect effect of certain provisions of the Convention are also quite conceivable”, under henvisning til normen etablert av EMD i *Soering*-dommen.<sup>58</sup> Med denne uttalelsen bekreftet dommer Matscher i et *obiter dictum* muligheten for ekstraterritoriell anvendelse av artikkel 3 og/eller artikkel 6, med henvisning til *Soering*-dommen.

---

<sup>55</sup> *Drozd og Janousek mot Frankrike og Spania*, (12747/87), Strasbourg, 26. juni 1996.

<sup>56</sup> *Drozd og Janousek mot Frankrike og Spania* i premiss 110.

<sup>57</sup> *Drozd og Janousek mot Frankrike og Spania* i Concurring opinion of Judge Matscher i avsnitt 7.

<sup>58</sup> *Drozd og Janousek mot Frankrike og Spania* i Concurring opinion of Judge Matscher.

### 4.3 Videre utvikling av normens innhold

I *Einhorn mot Frankrike*,<sup>59</sup> som gjaldt utlevering til USA fra Frankrike, slo EMD fast at det ikke kan utelukkes at EMK artikkel 6 i eksepsjonelle tilfeller vil kunne ha ekstraterritoriell virkning der den som kreves utlevert vil bli utsatt for “a flagrant denial of justice in the requesting country”.<sup>60</sup> EMD utdypet deretter at pådømmelse *in absentia* uten mulighet for ny prøving av sakens forhold kunne utgjøre en slik klar rettsfornektelse.<sup>61</sup>

I *Natelitec mot Kroatia*,<sup>62</sup> som gjaldt utlevering av en person til det internasjonale krigsforbrytertribunalet for det tidligere Jugoslavia (ICTY) var klagerens hovedinnvending at ICTY ikke tilfredsstilte kravene til en upartisk og uavhengig domstol etablert ved lov, slik denne rettssikkerhetsgarantien er oppstilt i artikkel 6. EMD konkluderte med at det ikke forelå konvensjonsbrudd og avviste saken. I avgjørelsen la domstolen vekt på at de statutter og det prosessreglement som gjelder for ICTY sikret tiltaltes rettssikkerhetsgarantier på en tilfredsstillende måte.<sup>63</sup> Overlevering til tribunalet ble etter dette ikke ansett for å stride mot retten til rettferdig rettergang.

Dommene i *Sejdovic mot Italia*<sup>64</sup> og *Stapleton mot Irland*<sup>65</sup> er sentrale for premissene i *Othman*-dommen, hvor EMD la til grunn at konvensjonsbruddet må være av en viss alvorlighetsgrad for at artikkel 6 kan gis ekstraterritoriell virkning. I *Othman*-dommen oppstilte EMD for første gang en rekke typetilfeller som kan utgjøre brudd på artikkel 6. Typetilfellene er i stor grad utledet av domstolens tidligere praksis.

---

<sup>59</sup> *Einhorn mot Frankrike* (71555/01), Strasbourg 16. oktober 2001.

<sup>60</sup> *Einhorn mot Frankrike* i premiss 32.

<sup>61</sup> *Einhorn mot Frankrike* i premiss 33.

<sup>62</sup> *Natelitec mot Kroatia* (51891/99), Strasbourg, 4. mai 2000.

<sup>63</sup> *Natelitec mot Kroatia*, gjengitt i Kjølbros (2010) s. 373.

<sup>64</sup> *Sejdovic mot Italia* (56581/00), Strasbourg, 1. mars 2006

<sup>65</sup> *Stapleton mot Irland* (56588/07), Strasbourg, 4. mai 2010.

*Sejdovic mot Italia* gjaldt utlevering til straffullbyrdelse. EMD uttalte at det ville utgjøre et rettsbrudd “manifestly contrary to the provisions of Article 6 or the principles embodied therein” dersom klageren i saken ble nektet fornyet behandling av dommen avsagt mot ham *in absentia* av italienske domstoler, uten at det kunne dokumenteres at klageren frivillig hadde gitt avkall på sin rett til å være tilstede.<sup>66</sup> Dette var tilstrekkelig til å konstatere “flagrant denial of a fair trial” i saken. EMD la her til grunn at forhold ved rettergangen i en straffesak som strider mot de grunnleggende prinsippene i artikkel 6 er å regne som ”flagrant denial of justice”.

I *Stapleton mot Irland* ble en ire begjært utlevert til Storbritannia for straffeforfølgning for svindel begått 20 år tidligere. EMD uttalte i denne saken at tidsaspektet i seg selv ikke utgjorde et vesentlig brudd på retten til rettferdig rettergang.<sup>67</sup> Artikkel 6 fikk dermed ikke ekstraterritoriell virkning i saken.

#### **4.4 Nyere praksis fra EMD**

I storkammeravgjørelsen *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*,<sup>68</sup> som gjaldt utlevering til Uzbekistan, fant EMD at utlevering ikke utgjorde brudd på artikkel 6. Da saken kom opp for domstolen var de to klagerne allerede utlevert. Et av de påberopte bruddene på artikkel 6 var at klagerne ikke hadde hatt tilgang til sine forsvarere under rettssakene som ble iverksatt i Uzbekistan etter utleveringen.

De dissenterende dommere i saken uttalte i sitt votum at innholdet i normen ”flagrant denial of a fair trial” så langt ikke var klarlagt i domstolens praksis. Videre het det i dissensen

---

<sup>66</sup> *Sejdovic mot Italia* i premiss 84

<sup>67</sup> *Stapleton mot Storbritannia* gjengitt i Kjølbro (2010) s. 373.

<sup>68</sup> *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*, (46827/99 og 46951/99), Strasbourg, 4. februar 2005.



at anvendelsen av ordet ”flagrant” gir anvisning på en ”stringent test of unfairness”.<sup>69</sup> Formålet med denne strenge vurderingen er å fange opp konvensjonsbrudd av en så fundamental karakter at de vil lede til en ”nullification or destruction of the very essence, of the right guaranteed by that Article”.<sup>70</sup> Det kreves dermed ikke at straffeprosessen i den anmodende stat er i full overensstemmelse med kravene i artikkel 6 for at utlevering skal kunne finne sted.<sup>71</sup> Det er derfor ikke gitt at et forhold som vil bli ansett for å være en krenkelse av EMK artikkel 6 i en konvensjonsstat er tilstrekkelig alvorlig til å medføre ekstraterritorielle virkninger for artikkel 6 ved utlevering til en stat som ikke er omfattet av konvensjonen.<sup>72</sup> Selv om uttalelsen ikke fikk betydning i den konkrete saken, er den lagt til grunn i senere EMD-praksis.

I *Ahorageze mot Sverige*<sup>73</sup> bygget domstolen videre på uttalelsene fra *Einhorn*-, *Sejdovic*- og *Mamatkulov og Askarov*-dommene. Saken gjaldt hvorvidt utlevering av en rwandisk mann fra Sverige til Rwanda utgjorde brudd på EMK artikkel 6. Mannen var etterlyst for folkemordsforbrytelser i Rwanda, og rwandiske påtalemyndigheter begjærte ham utlevert for pådømmelse av saken for rwandiske domstoler. Klageren anførte at hans rett til rettfærdig rettergang i tråd med prinsippene i artikkel 6 ville bli krenket ved utlevering til Rwanda. EMD avviste saken under henvisning til *Uwinkindi*-saken,<sup>74</sup> der International Criminal

---

<sup>69</sup> *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*, se dissenterende dommere Bratza, Bonello og Hedigans votum i premiss 6-7.

<sup>70</sup> *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*, se dissenterende dommere Bratza, Bonello og Hedigans votum i premiss 14.

<sup>71</sup> Mathisen (2009) s. 324 og Kjølbro (2010) s. 50.

<sup>72</sup> Saksforholdet i *Walston mot Norge* (37372/97), Strasbourg, 3. juni 2003 kan være et eksempel på et brudd på artikkel 6 som neppe ville blitt ansett som tilstrekkelig alvorlig til å medføre ekstraterritoriell virkning.

<sup>73</sup> *Ahorageze mot Sverige* (37075/09), Strasbourg, 27. oktober 2011.

<sup>74</sup> *Uwinkindi v. ICTR Prosecutor* (ICTR-01-75-AR11bis), Arusha 16. desember 2011.

Tribunal for Rwanda (ICTR) for første gang overførte en sak under tribunalets jurisdiksjon til pådømmelse for rwandiske domstoler. ICTR begrunnet sin avgjørelse i *Uwinkindi*-saken med at rettssikkerhetssituasjonen i Rwanda i stor grad var blitt bedret på en rekke sentrale områder de seneste år. Tilstanden i rwandiske fengsler var blitt betydelig bedre og det var iverksatt effektive vitnebeskyttelsesprogrammer. Muligheten for fjernavhør var dessuten vesentlig forbedret, hvilket bidro til å sikre tiltaltes mulighet til å føre egne vitner og krysseksaminere aktorats vitner i tråd med EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Muligheten for å gjennomføre fjernavhør er av sentral betydning for rettssikkerheten i et rettsoppgjør som preges av at mange av vitnene har flyktet utenlands og dermed kan være utfordrende å innkalle til avhør. ICTR pekte i tillegg på at både domstolene og advokatstanden i Rwanda fremstod som kompetente til å behandle saken. ICTR vektla særlig at Rwandas *High Court* hadde endret sammensetning, slik at saker som tidligere ble pådømt som enedommersaker nå behandles av kollegiale dommerpaneler med tre dommere. Dette styrker domstolenes uavhengighet fra den utøvende myndighet.<sup>75</sup>

EMD sluttet seg i *Ahorugeze*-saken til ICTRs vurderinger av rettssikkerhetssituasjonen i Rwanda, som ble grundig belyst i *Uwinkindi*-saken. Basert på endringene i Rwanda som ICTR slo fast hadde funnet sted de senere år, konkluderte EMD med at retten til rettferdig rettergang ville bli ivaretatt ved rettergang for rwandiske domstoler. Utlevering til Rwanda ville etter dette ikke stride mot EMK artikkel 6.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> *ICTR Prosecutor v. Uwinkindi*, Referral Chamber, 28. juni 2011 i premiss 188.

<sup>76</sup> Etter å ha blitt løslatt fra varetekt i Sverige flyktet Ahorugeze til Danmark. Danske myndigheter har så langt ikke har etterkommet rwandiske myndigheters begjæring om utlevering. Se Musoni (2012).

Da *Ahorugeze*-dommen ble avsagt var *Uwinkindi*-dommen anket inn for ICTRs ankeinstans. EMD og norske domstoler tilla likevel dommen stor vekt.<sup>77</sup> EMD slo i *Ahorugeze*-dommen fast at vilkårene for overføring for pådømmelse fra ICTR til rwandiske domstoler etter ICTRs prosedyreregler krever høyere grad av sannsynlighet for at den som utleveres får en rettferdig rettergang enn tilsvarende vurderingsnorm oppstilt etter EMK artikkel 6. EMD konkluderte på denne bakgrunn med at utleveringen ikke utgjorde brudd på EMK artikkel 6, da normen for rettferdig rettergang som følger av ICTRs retningslinjer ble ansett oppfylt av ICTR.<sup>78</sup> *Uwinkindi*-saken må i alle tilfelle sies å være et vendepunkt hva gjelder utlevering til straffeforfølgning til Rwanda, fordi ICTR i denne saken for første gang åpnet for overføring til rwandiske domstoler, og EMD støttet seg til dette. Fremstillingen av norsk rettspraksis nedenfor bekrefter også dette vendepunktet *Uwinkindi*-dommen representerer for utleveringssaker til Rwanda.

Selv om anførselen om ekstraterritoriell virkning for artikkel 6 ikke førte frem i *Ahorugeze*-saken, har dommen stor betydning ved kartleggingen av innholdet i den materielle normen. EMD uttalte seg i dommen prinsipielt om hvor terskelen bør ligge for at en rettsfornektelse skal anses for å være tilstrekkelig alvorlig til å utgjøre ”a flagrant denial of justice” i strid med EMK artikkel 6. Det ble blant annet slått fast at domstolen ikke i noen sak siden *Soering*-dommen har konkludert med at utvisning eller utlevering har vært i strid med EMK artikkel 6.<sup>79</sup> Dette er i seg selv en indikasjon på at vilkåret er strengt. Domstolen gjentok i tilknytning til dette mindretallets uttalelse fra *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*, som er behandlet ovenfor, der tre dissenterende dommere fremholdt at konvensjonsbruddet må

---

<sup>77</sup> *Ahorugeze mot Sverige* i premiss 127, samt lagmannsrettens uttalelser i RG 2011 s. 1063, som vil bli behandlet nedenfor. Dommen er nå endelig, og *Uwinkindi* er utlevert til Rwanda.

<sup>78</sup> *Ahorugeze mot Sverige* i premiss 128.

<sup>79</sup> *Ahorugeze mot Sverige* i premiss 115.

”amount to nullification or destruction of the very essence, of the right”.<sup>80</sup> At flertallet i *Ahorugeze*-dommen henviste til mindretallets vurderinger i *Mamatkulov og Askarov*-dommen, kan indikere en viss kursendring i EMD.

#### 4.5 Gjennombruddet i Othman-dommen

I *Othman*-dommen fant EMD for første gang i domstolens historie at det forelå en krenkelse av artikkel 6 som var tilstrekkelig alvorlig til å medføre ekstraterritoriell virkning i en utleveringssak. Domstolen påla dermed ansvar for en konvensjonsstat for brudd på artikkel 6 som følge av forhold i den anmodende stat. Saken gjaldt utlevering av en terrormistenkt fra Storbritannia til Jordan.<sup>81</sup> Domstolen viste til premisset fra *Ahorugeze*-dommen, som bygger på mindretallets vurdering fra *Mamatkulov og Askarov*-dommen, der det ble slått fast at normen ”a flagrant denial of justice” innebærer en tilnærmet utsletting av rettighetene som artikkel 6 garanterer for, eller at disse rettighetene mister sitt reelle innhold som følge av rettergangen.<sup>82</sup> EMD påpekte i forlengelsen av dette at domstolen ikke i en eneste sak siden avsigelsen av *Soering*-dommen har funnet at en utvisning har vært i strid med retten til rettferdig rettergang etter artikkel 6.<sup>83</sup>

Klageren påberopte seg at en utlevering til Jordan med påfølgende straffesak ville krenke hans rett til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6, da de fellende vitneforklaringene i

---

<sup>80</sup> *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*, se dissenterende dommerne Bratza, Bonello og Hedigan votum.

<sup>81</sup> Abu Qatada, eller Omar Othman, som er den radikale islamistiske predikantens døpenavn, omtales som ”Osama bin Ladens høyre hånd i Europa”. Se Casciani (2012). Storbritannia har forsøkt å utvise den palestinsk-jordanske predikanten i ti år. Saken har en rekke likhetstrekk med Mulla Krekar-saken, som tidvis har vært dominerende i den norske debatten. Se Gravdal (2012).

<sup>82</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 260, jfr. *Ahorugeze mot Sverige* i premiss 115-116.

<sup>83</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 260.

saken mot ham var frembragt ved tortur. EMD fant at en rettergang med eventuell domfellelse basert på bevis og forklaringer fremskaffet ved tortur overskred terskelen for hva som utgjør ”a flagrant denial of justice”.<sup>84</sup> Dommen inneholder en fyldig drøftelse av hvordan domstolen vurderer hva som skal til for at brudd på artikkel 6 innebærer ”flagrant denial of justice”. I behandlingen av artikkel 6, gjentok EMD at vurderingen av om det foreligger en ”flagrant denial of justice” er en ”stringent test of unfairness”, slik det ble slått fast i dissensen fra *Mamatkulov og Askarov*-dommen og deretter gjentatt og utdypet ytterligere i *Ahorugeze*-dommen.<sup>85</sup>

EMD gikk i dommen grundig til verks for å kartlegge hva som ligger i den materielle normen. Først foretok domstolen en prinsipiell drøftelse av vurderingstemaene i det domstolen omtaler som ”the flagrant denial of justice test”.<sup>86</sup> Det ble først vist til prinsippet om at det kreves at en sak vil være ”manifestly contrary to provisions of Article 6 or the principles

---

<sup>84</sup> Etter at dommen ble endelig, har Storbritannia mottatt forsikringer fra jordanske myndigheter, som til og med har endret grunnloven i sakens anledning, om at bevisene fremskaffet ved tortur ikke vil bli ført ved en eventuell straffesak i landet. Britiske myndigheter synes fast bestemt på å finne en måte å utvise Othman på. Saken har skapt debatt i den britiske offentligheten om EMDs sterke stilling i nasjonal rett. Storbritannia har med støtte fra Frankrike lansert en rekke reformforslag med det formål å minske domstolens gjennomslagskraft overfor nasjonale domstoler. Dette har blitt møtt med kritikk fra menneskerettighetsforkjempere. Se Gravdal (2012). En britisk domstol fant 13. november 2012 at fengslingen av Othman er ulovlig, og han er nå satt i husarrest. Domstolen fremholdt også at det fremdeles foreligger en reell risiko for at bevis fremskaffet ved tortur ville bli ført i en straffesak mot ham, og nektet utlevering til Jordan på dette grunnlaget. Se Casciani (2012).

<sup>85</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 260

<sup>86</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 258 flg.

embodied therein,” som oppstilt i *Soering, Sejdivic og Drozd og Janusek*.<sup>87</sup> Nok en gang pekte EMD på at brudd på artikkel 6 må være av en viss alvorlighetsgrad for å medføre ekstraterritoriell virkning for artikkel 6. EMD gikk deretter over til å angi ulike typetilfeller der det kan tenkes at mangelen på rettferdig rettergang etter artikkel 6 overskrider grensen for hva som anses som ”a flagrant denial of justice”.<sup>88</sup> Disse typetilfellene fremkommer i dommen som en oppsummering og systematisering av enkeltavgjørelser fra domstolen de senere år, der brudd på artikkel 6 har vært drøftet i tilknytning til saker om utlevering. De ulike typetilfellene behandles i det følgende. Det vil også bli drøftet hvorvidt det kan tenkes å foreligge ytterligere typetilfeller enn dem som oppstilles av EMD i *Othman*-dommen.

#### 4.5.1 Typetilfeller

##### 4.5.1.1 Domfellelse *in absentia*

Det første typetilfellet oppstilt av EMD i *Othman*-dommen, er pådømmelse i straffesak *in absentia* uten mulighet for ny prøving av tiltalepunktene.<sup>89</sup> Her henviste domstolen til *Einhorn*-saken, samt til *Sejdivic mot Italia* og *Stoichkov mot Bulgaria*.<sup>90</sup> I *Einhorn*-saken fant domstolen det godtgjort at personen som ble begjært utlevert til USA ville få saken prøvet på nytt. Det forelå derfor ikke brudd på artikkel 6 i det konkrete tilfellet. I *Sejdivic mot Italia* uttalte domstolen at manglende gjenåpning av en sak som er pådømt *in absentia* uten at det foreligger bevis for at fraværet er selvvalgt, er i strid med de grunnleggende rettssik-

---

<sup>87</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 259, med henvisning til *Sejdivic mot Italia* i premiss 84, *Stoichov mot Bulgaria* i avsnitt 56 og *Drozd og Janusek mot Frankrike og Spania* i premiss 110.

<sup>88</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 259, der typetilfellene blir omtalt som ”certain forms of unfairness”.

<sup>89</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 259 første strekpunkt.

<sup>90</sup> *Stoichov mot Bulgaria* (9808/02), Strasbourg, 24. juni 2005.

kerhetsgarantier oppstilt i artikkel 6.<sup>91</sup> I *Stoichkov mot Bulgaria* var spørsmålet om manglede rett til gjenopptakelse i straffesak der dom var avsagt *in absentia* utgjorde et brudd på EMK artikkel 6. EMD gikk i den forbindelse gjennom en lang rekke tidligere avsagte dommer, blant annet *Einhorn*-dommen, og konkluderte med at retten tiltalte i en straffesak har til å være tilstede under rettssaken eller under en eventuell gjenopptakelse, er et av de mest grunnleggende kravene til rettferdig rettergang som kan forankres i EMK artikkel 6.<sup>92</sup> EMD fant etter dette at kombinasjonen av tiltaltes manglende tilstedeværelse under straffesaken, og avvisning av begjæring om fornyet behandling var i strid med artikkel 6, noe som gjorde at også frihetsberøvelsen av tiltalte var i strid med artikkel 5.

#### 4.5.1.2 Summariske straffesaker

Det andre typetilfellet som ble listet opp av EMD er summariske straffesaker preget av total mangel på respekt for tiltaltes rettigheter.<sup>93</sup> Domstolen viste til *Bader og Kanbor mot Sverige*, som gjaldt utlevering til Syria for straffullbyrdelse. Personen som var begjært utlevert risikerte dødsstraff, og det ikke var avgitt garanti for at vedkommende ville få saken prøvet ved fornyet behandling. EMD fastholdt i denne dommen at rettergangen var summarisk og ikke tilfredsstilte kravene til rettferdig rettergang oppstilt i artikkel 6. Dette typetilfellet er fremstilt i svært generelle ordelag, og vil således kunne fange opp mange ulike typer brudd på retten til rettferdig rettergang som kan tenkes å oppstå i praksis. Dette fordrer at bruddene som påberopes er av en tilstrekkelig alvorlighetsgrad, i tråd med ”stringent test”-vurderingen slik denne er oppstilt av EMD.

---

<sup>91</sup> *Sejdovic mot Italia* i premiss 84.

<sup>92</sup> *Stoichkov mot Bulgaria* i premiss 56.

<sup>93</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 259 annet strekpunkt.

#### 4.5.1.3 Adgangen til å få prøvet lovligheten av fengsling for upartisk domstol

Det tredje typetilfellet EMD oppstilte i *Othman*-dommen er fengsling uten adgang til å få prøvet lovligheten av fengslingen for en upartisk domstol. Domstolen henviste her til avgjørelsen i saken *Al-Moayad mot Tyskland*.<sup>94</sup> Saken gjaldt utlevering av terrormistenkt fra Tyskland til USA. EMD fant at utlevering til USA ville være i strid med artikkel 6 dersom utleveringen innebar at den terrormistenkte ble holdt innesperret uten mulighet for å få prøvet lovligheten av fengslingen på amerikansk territorium.<sup>95</sup> I den konkrete saken hadde tyske myndigheter imidlertid mottatt diplomatiske forsikringer om at den terrormistenkte ikke ville bli utsatt for konvensjonsstridig behandling. Tyske myndigheter hadde foretatt grundige utredninger i sakens anledning.<sup>96</sup> EMD fant derfor at artikkel 6 ikke var til hinder for utlevering i den konkrete saken.

#### 4.5.1.4 Bevisst og systematisk nektelse av tilgang på forsvarer

Det fjerde og siste konkrete typetilfellet som ble nevnt av EMD i *Othman*-dommen er bevisst og systematisk nektelse av tilgang til forsvarer for tiltalte. Dette gjelder særlig der en person sitter fengslet i utlandet.<sup>97</sup> Også under dette punktet henviste domstolen til sin behandling av *Al-Moayad*-saken, der domstolen fant at utlevering til USA ikke var i strid med EMK artikkel 6. Domstolen baserte denne avgjørelsen på de diplomatiske forsikringene som var avgitt av amerikanske myndigheter på utleveringstidspunktet.

Felles for disse fire typetilfellene er at de viser til situasjoner der de grunnleggende prinsippene om retten til rettferdig rettergang, som EMK artikkel 6 er et uttrykk for krenkes.

---

<sup>94</sup> *Al-Moayad mot Tyskland* (35865/03), Strasbourg, 20. februar 2007.

<sup>95</sup> *Al-Moayad mot Tyskland* i premiss 101.

<sup>96</sup> *Al-Moayad mot Tyskland* i premiss 103-104.

<sup>97</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 260, fjerde strekpunkt, jfr. *Al-Moayad mot Tyskland* i premiss 101.



#### 4.5.2 Flere typetilfeller?

Det kan i forlengelsen av gjennomgangen av typetilfellene oppstilt av EMD i *Othman*-dommen, drøftes om det kan oppstå ytterligere situasjoner der det vil være mulig å konstatere brudd på artikkel 6 som medfører ekstraterritoriell virkning. I *Bader og Kanbor mot Sverige* gav EMD henvisning på at utvisning basert på domfellelse i strid med tiltaltes rett til kontradiksjon er i strid med artikkel 6.<sup>98</sup> I den konkrete saken var domfellelsen i Syria, som dannet grunnlaget for begjæringen om utlevering, basert på en rettssak der verken tiltalte eller tiltaltes forsvarer var tilstede. Det var heller ikke foretatt muntlige avhør.<sup>99</sup> Dette tilfellet fanges imidlertid i stor grad opp av det andre og fjerde typetilfellet som ble oppstilt av EMD (summariske straffesaker og bevisst og systematisk nektelse av tilgang på forsvarer). Dersom det forutsettes at retten til kontradiksjon ivaretas på en tilfredsstillende måte gjennom kravet til at en rettssak ikke skal være av summarisk karakter og skal ivareta tiltaltes rettigheter på en forsvarlig måte, synes det noe overflødig å skille ut retten til kontradiksjon som et eget typetilfelle. Det har i teorien vært antatt at fellende bevis fremskaffet ved tortur også vil utgjøre ”a flagrant denial of justice”.<sup>100</sup> Det er nettopp denne anvendelsen av bevis fremskaffet ved tortur som var det springende punkt for EMD i *Othman*-dommen. Dette vil være gjenstand for drøftelsen i det følgende.

#### 4.5.3 Betydningen av det absolutte torturforbud

I teorien er det åpnet for at bevis fremskaffet ved tortur kan tenkes å konstituere et eget typetilfelle av brudd på EMK artikkel 6, som kan medføre ekstraterritoriell virkning for bestemmelsen.<sup>101</sup> I *Othman*-dommen var spørsmålet for EMD knyttet til gjennomføringen av en straffesak som ville bli iverksatt ved en eventuell utlevering. Bevisene mot den tiltal-

---

<sup>98</sup> Mathisen (2009) s. 325.

<sup>99</sup> *Bader og Kanbor mot Sverige* i premiss 47.

<sup>100</sup> Mathisen (2009) s. 325.

<sup>101</sup> Mathisen (2009) s. 325 med videre henvisninger.

te i straffesaken var fremskaffet ved tortur. Spørsmålet for EMD var om føringen av disse bevisene ville være et tilstrekkelig alvorlig brudd på artikkel 6 til å utgjøre ”a flagrant denial of justice”.

EMD konkluderte, i likhet med den britiske underdomstolen (*Court of Appeal*) som behandlet saken, med at dette var tilfellet.<sup>102</sup> Domstolen fremholdt at løsningen måtte følge av det alminnelig anerkjente og ufravikelige torturforbudet i internasjonal rett. EMD støttet seg til de sentrale premissene oppstilt av den britiske Court of Appeal i saken, som fremholdt at bevis fremskaffet ved tortur bør avskjæres fordi slike beviser er “unreliable, unfair, offensive to ordinary standards of humanity and decency and incompatible with the principles which should animate a tribunal seeking to administer justice”.<sup>103</sup> Domstolen viste videre til de britiske dommernes uttalelse om at erfaring tilsier at torturofre er villige til å si hva som helst og tilstå hva som helst, for å få en slutt på lidelsene de utsettes for. Dette svekker bevisenes troverdighet betraktelig.

I dette premisset synliggjøres sammenhengen mellom EMK artikkel 3 og artikkel 6 i *Othman*-dommen. Samtidig som dommen bidrar til å gi artikkel 6 selvstendig ekstraterritoriell virkning, understreker den domstolens standpunkt om ukrenkeligheten av torturforbudet i artikkel 3, slik dette prinsippet er knesatt i *Chahal*-, *Jalloh*-<sup>104</sup> og *Gäfgen*-dommene.<sup>105</sup> Torturforbudet er absolutt, noe følgende uttalelse også klargjør med all mulig tydelighet:

“More fundamentally, no legal system based upon the rule of law can countenance the admission of evidence – however reliable – which has been obtained by such a barbaric practice as torture. The trial process is a cornerstone of the rule of law.

---

<sup>102</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 263.

<sup>103</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 264.

<sup>104</sup> *Jalloh mot Tyskland* (54810/00), Strasbourg, 11. juli 2006.

<sup>105</sup> *Gäfgen mot Tyskland* (22978/05), Strasbourg, 1. juni 2010.

Torture evidence damages irreparably that process; it substitutes force for the rule of law and taints the reputation of any court that admits it. Torture evidence is excluded to protect the integrity of the trial process and, ultimately, the rule of law itself”.<sup>106</sup>

Dette er en svært prinsipiell og viktig uttalelse fra EMD. Domstolen etterlot her ingen tvil om at den anser retten til rettferdig rettergang som en hjørnestein i konvensjonen og at føring av bevis fremskaffet ved tortur er et brudd på prinsippet om rettferdig rettergang. EMD understreket dette poenget ytterligere ved å peke på den sterke posisjonen FNs torturkonvensjon har i det internasjonale samfunnet.<sup>107</sup> På denne bakgrunn konkluderte EMD med at fremlegging av forklaringer og bevis fremskaffet ved tortur innebærer en åpenbar krenkelse både av rettighetene oppstilt i artikkel 6 og grunnleggende internasjonalt anerkjente standarder for retten til rettferdig rettergang. Domstolen uttalte videre at anvendelse av bevis fremskaffet ved tortur vil bidra til at resultatet av rettergangen blir fullstendig upålitelig (”entirely unreliable in its outcome”), og dette medførte at bevisføringen ville utgjøre et klart rettsbrudd i strid med garantiene i artikkel 6.<sup>108</sup> Domstolen oppstilte ikke bevis fremskaffet ved tortur som et eget typetilfelle i sin gjennomgang av disse i dommen.<sup>109</sup> Dette kan tale for at domstolen anser de fire typetilfellene som dekkende for prinsippet om retten til rettferdig rettergang oppstilt etter artikkel 6. Bevis fremskaffet ved tortur fanges delvis opp av det andre typetilfellet, og dels av det overordnede prinsippet om rett til rettferdig rettergang EMK artikkel 6 gir uttrykk for.

---

<sup>106</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 264.

<sup>107</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 266.

<sup>108</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 267.

<sup>109</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 259 i strekpunkt 1-4.

#### 4.5.4 Rekkevidden av Othman-dommen

*Othman*-dommen er viktig i flere henseender. For det første er den sentral fordi EMD i dommen uttalte seg prinsipielt om spørsmål knyttet til bruk av bevis fremskaffet ved tortur. For det andre er den viktig fordi det er den første saken i domstolens historie der den har funnet at et brudd på EMK artikkel 6 utgjorde ”a flagrant denial of a fair trial” i tråd med den domstolsskapte materielle normen. Artikkel 6 fikk dermed ekstraterritoriell virkning på selvstendig grunnlag for første gang i konvensjonens og EMDs historie. Dette illustrerer at EMD fremdeles tolker konvensjonen dynamisk og anvender den i takt med endrede samfunnsforhold, i tråd med de grunnleggende uttalelsene i *Tyrer mot Storbritannia*.<sup>110</sup> Dommen viser også at der det foreligger risiko for alvorlige krenkelser av individets rettigheter, veier vernet av disse rettighetene tyngre enn hensynet bak utleveringsinstituttet, som er et samarbeid om strafferettspleien på tvers av landegrensene.

Torturforbudets absolutte karakter medfører at vurderingen EMD gjorde i denne saken ikke nødvendigvis er anvendelig i saker der det påberopte bruddet på artikkel 6 er av en annen karakter. Typetilfellene som oppstilles i dommen indikerer at EMD legger terskelen for hva som anses som ”a flagrant denial of a fair trial” høyt. Dette følger også av ”stringent test”-vurderingen. I fremtidige saker vil det være naturlig å se hen til de fire typetilfellene domstolen oppstilte i *Othman*-dommen, samt det generelle prinsippet om retten til rettferdig rettergang som EMK artikkel 6 er et uttrykk for, ved vurderingen av den materielle normens innhold.

#### 4.6 Norske domstolars tolkning og anvendelse av den materielle normen

I det følgende drøftes hvordan norske domstoler tolker og anvender den materielle normen for ekstraterritoriell virkning for artikkel 6 som er oppstilt av EMD i utleveringssaker. Hvorvidt det foreligger ”a flagrant denial of a fair trial” er det sentrale vurderingstema også

---

<sup>110</sup> *Tyrer mot Storbritannia* i premiss 31.

for norske domstoler når de skal avgjøre om utlevering etter begjæring fra en anmodende stat kan finne sted.

Den sentrale kjennelsen i norsk rett om ekstraterritoriell virkning for artikkel 6 er Rt. 2007 s. 1453. Saken gjaldt utlevering av en kroatisk statsborger som var domfelt *in absentia* for drap i hjemlandet. Vurderingstemaet i saken tilsvarende dermed det første typetilfellet som senere er oppstilt av EMD i *Othman*-dommen. Høyesterett fant at det forelå mangler ved den kroatisk dommen, men det var gitt en garanti fra kroatisk myndigheter om at tiltalte ville bli sikret ny prøving av saken dersom han ble utlevert. Førstvoterende påpekte i forbindelse med sin drøftelse av forholdet mellom utleveringsloven § 10 første og annet ledd at det ville være uheldig om en mangelfull fraværdom i den anmodende stat skulle kunne stenge for utlevering, i de tilfeller den anmodende stat har garantert at saken vil bli prøvet på nytt i tråd med rettssikkerhetsgarantiene oppstilt i EMK artikkel 6.<sup>111</sup> Dette stemmer godt overens med hensynet bak utleveringsinstituttet, som innebærer at ingen skal kunne unndra seg straff ved å flykte fra landet der en forbrytelse er begått. Førstvoterende henviser deretter til den materielle normen for ekstraterritoriell anvendelse av artikkel 6 oppstilt i *Soering*-dommen.<sup>112</sup> Etter denne kreves det at den som skal utleveres ”risks a flagrant denial of a fair trial in the requesting country.” Førstvoterende slo kort fast at han ikke anså loven for å være tolket feil i lagmannsrettens kjennelse i saken.

Høyesteretts kjennelse er sentral for behandlingen av spørsmålet om ekstraterritoriell virkning av EMK artikkel 6 for norske domstoler, fordi det med unntak av enkelte avvisningskjennelser ikke foreligger nyere høyesterettspraksis om spørsmålet. Ankenektelsene som foreligger i tiden etter Rt. 2007 s. 1453, støtter seg på vurderingen Høyesterett gjorde i

---

<sup>111</sup> Rt. 2007 s. 1453 i avsnitt 23.

<sup>112</sup> *Soering mot Storbritannia* i avsnitt 113, gjengitt i Rt. 2007 s.1453 avsnitt 34.

2007.<sup>113</sup> Det samme gjelder underrettspraksis, som også gjentar og bekrefter Høyesteretts standpunkter fra Rt. 2007 s. 1453.<sup>114</sup>

Frostating lagmannsretts kjennelse av 7. juli 2010<sup>115</sup> er et eksempel på at etterfølgende norsk praksis er i tråd med Høyesteretts vurdering i Rt. 2007 s. 1453. Saken gjaldt begjæring om utlevering til Bosnia Hercegovina for krigsforbrytelser begått under krigen på Balkan på 1990-tallet. I kjennelsen sluttet lagmannsretten seg til Høyesteretts vurdering av hva som må ligge i normen ”flagrant denial of a fair trial”, slik denne er fremstilt i Rt. 2007 s. 1453 avsnitt 34.

I Borgarting lagmannsretts kjennelse i RG 2011 s. 1063 var spørsmålet om utlevering til Rwanda for straffeforfølgning av en person som var mistenkt for deltakelse i folkemordet i 1994, var i strid med EMK artikkel 6. I kjennelsen oppstilte lagmannsretten tre vurderingstemaer for drøftelsen av ekstraterritoriell virkning for artikkel 3 og 6 som lagmannsretten antok måtte følge av Rt. 2007 s. 1453, med henvisning til EMDs dommer i *Soering*- og *Einhorn*-sakene. Det ene vurderingstemaet knytter seg til innholdet i den materielle normen. De to andre knytter seg til bevisvurdering og risikovurdering, som knytter seg til risikonormen. Disse to behandles derfor under fremstillingen av risikonormen nedenfor.

Anken i saken ble nektet fremmet for Høyesterett, som anså lagmannsrettens vurdering for å være i tråd med Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2007 s. 1453.<sup>116</sup> Kjennelsen fra Borgarting er dermed rettskraftig.

---

<sup>113</sup> HR-2009-431-U, Rt. 2009 s. 594 og HR-2011-2147-U.

<sup>114</sup> LF-2009-203679, RG 2011 s. 1063 og LA-2012-101486.

<sup>115</sup> LF-2009-203679.

<sup>116</sup> HR-2011-2147-U.

I saken ble det anført at personen ikke ville bli prøvet for en uavhengig domstol i Rwanda, og at hans rett til kontradiksjon ikke ville bli ivaretatt. Begge disse anførslene kan knyttes til det andre typetilfellet som EMD oppstilte i *Othman*-dommen, og som fanger opp straffesaker preget av total mangel på respekt for tiltaltes rettigheter.

Lagmannsretten slo i kjennelsen fast at den materielle vurderingen retten måtte foreta omfattet hvorvidt bruddet på artikkel 6 innebar en ”flagrant denial of a fair trial”, med henvisning til *Soering*-dommen. Lagmannsretten oversatte i kjennelsen uttrykket ”flagrant denial” til ”klar rettsfornektelse”.<sup>117</sup> Dette ble av lagmannsretten tolket som at rettsfornektelsen må være av ”kvalifisert art”. Lagmannsretten henviste her til EMDs vurderinger i *Einhorn*-saken og utelukket at mindre alvorlige prosessuelle mangler ved rettergangen kan medføre ansvar for konvensjonsstater for brudd på retten til rettferdig rettergang i den anmodende stat.<sup>118</sup> Dette er i tråd med EMDs anvendelse av den materielle normen.

Agder lagmannsretts kjennelse av 12. juli 2012<sup>119</sup> gjaldt utlevering til Aserbajdsjan i forbindelse med straffesak for drap og desertering i hjemlandet. Saken ble nektet fremmet for Høyesterett og lagmannsrettens kjennelse er dermed rettskraftig. Høyesterett begrunnet sin nektelse med at anken klart ikke kunne føre frem.<sup>120</sup> Det ble anført av personen som ble begjært utlevert i saken at han ikke ville få en rettferdig og offentlig rettergang i tråd med artikkel 6. Anførslene knyttet til artikkel 6 var av svært generell art, og passer således ikke inn under noe bestemt typetilfelle i *Othman*-dommen, men kan muligens anses å falle inn under det andre typetilfellet knyttet til mangel på respekt for tiltaltes rettigheter.

---

<sup>117</sup> I kjennelsen er uttrykket hentet fra Mathiesen (2009) s. 324.

<sup>118</sup> RG 2011 s. 1063, med henvisning til *Einhorn mot Frankrike* i premiss 33 og 34.

<sup>119</sup> LA-2012-101486.

<sup>120</sup> HR-2012-01621-U og HR-2012-1844-U.

Lagmannsretten uttalte at konvensjonsstatenes plikt etter artikkel 1 om å sikre konvensjonsrettigheter og friheter til enhver innenfor konvensjonsstatenes jurisdiksjon i utgangspunktet kan medføre en plikt for konvensjonsstatene til å ”unnlate å utlevere en person til et land der hans rett til rettferdig rettergang vil bli krenket”. Deretter viste lagmannsretten til *Soering*-, *Sejdovic*- og *Ahorugeze*-dommene og drøftet innholdet i normen ”a flagrant denial of justice” oppstilt av EMD. Retten fant at uttrykket tilsvarer det norske uttrykket ”åpenbar rettsfornektelse”. I Borgarting lagmannsretts kjennelse i RG 2011 s. 1063, fremstilles normen som ”klar rettsfornektelse”. Begge uttrykkene indikerer begge at rettsfornektelsen må være av tilstrekkelig alvorlig karakter.

Lagmannsretten fant det ikke bevist at retten til rettferdig rettergang ikke ville ivaretas i den konkrete saken. Om hensynet bak utleveringsinstituttet uttalte lagmannsretten at det er nødvendig med en fast og konsekvent håndhevelse av reglene om utlevering for å unngå at utleveringsinstituttet undergraves. Dette er i tråd med systemhensynet bak utleveringsinstituttet, som søker å sikre at ingen skal kunne unndra seg strafforfølgelse ved å flykte fra staten forbrytelsen er begått i.

Det foreligger ingen kjennelser fra norske domstoler som tilsier at terskelen for den materielle normen er merkbart høyere enn i EMDs praksis, men felles for kjennelsene er at norske domstoler har vært sparsomme med å begrunne sine resultater. Dette kan skape en viss grad av usikkerhet.

#### **4.7 Andre nasjonale domstolars tolkning og anvendelse av den materielle normen**

For å gi et bredere grunnlag for å vurdere nasjonale domstolars anvendelse av den EMD-skapte materielle normen, trekkes dansk og svensk praksis her inn i analysen. Deler av norsk utleveringsrett har også blitt til i samarbeid med de andre nordiske landene.<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> Mathisen (2011) s. 56.



I en dansk høyesterettsdom,<sup>122</sup> som gjaldt utlevering til Brasil, var et av vurderingstemaene om det ville være i strid med EMK artikkel 6 å utlevere. Danmarks høyesterett fant, i motsetning til landsretten som behandlet saken i annen instans, at utlevering ikke ville utgjøre brudd på artikkel 6. Retten gikk ikke inn på innholdet i den materielle normen, men fremholdt at de generelle rapportene om mangler ved brasilianske domstoler som var fremlagt i saken ikke var tilstrekkelig til å konstatere brudd på artikkel 6. Dansk høyesterett uttalte seg ikke om innholdet i den materielle normen. Det er ingen ting som tyder på at dansk høyesterett gir anvisning på en høyere terskel enn EMD.

I svensk rettspraksis finnes det flere dommer som behandler rekkevidden av ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 6. NJA 2003 s. 318 gjaldt utlevering av rumensk statsborger fra Sverige til Italia for straffullbyrdelse av dom på ti års fengsel avsagt *in absentia*. Högsta Domstolen fant at manglende kontradiksjon og det faktum at det ikke var mulighet for gjenopptakelse av saken, førte til at utlevering ikke kunne finne sted. Denne kjennelsen faller således innenfor både det første og det andre typetilfellet av brudd på artikkel 6, som senere har blitt oppstilt av EMD i *Othman*-dommen.

En annen relevant svensk rettsavgjørelse er Högsta domstolens behandling av *Ahorugeze*-saken.<sup>123</sup> I saken uttalte domstolen at den materielle normen oppstilt av EMD, som på svensk omtales som ”flagranta brott”, innebærer at ikke alle brudd på artikkel 6 i mottakerstaten er alvorlige nok til å medføre ansvar for konvensjonsstaten. Högsta domstolen uttalte at terskelen er relativt høy, og at artikkel 6 bare unntaksvis kan anvendes som en skranke mot utlevering.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> U.2002.555H.

<sup>123</sup> NJA 2009 s. 280.

<sup>124</sup> NJA 2009 s. 280 på side 289.

Domstolen fremholdt videre at i utleveringssaker der staten selv avgjør hvilke krav som bør stilles ved utlevering, bør retten til rettferdig rettergang veie tungt, uavhengig av om den materielle normen etter EMDs standarder anses oppfylt. Således åpnet Högsta Domstolen i denne saken for at det kan tenkes oppstilt en lavere terskel for å nekte utlevering dersom en konkret vurdering tilsier dette. Domstolen konstaterte i forlengelsen av dette at terskelen for å fastslå at det foreligger brudd på artikkel 6 er høy etter EMDs praksis, og fant på denne bakgrunn at artikkel 6 ikke fikk ekstraterritoriell virkning i den konkrete saken. EMD bekreftet i sin behandling av saken at svensk høyesterett hadde tolket den den materielle normen i tråd med EMDs praksis.

Forslaget til endring i den svenske utleveringsloven er i tråd med uttalelsene fra Högsta Domstolen i *Ahorugeze*-saken. Det foreslås å oppstille en egen bestemmelse i utleveringsloven om forbud mot utlevering der retten til rettferdig rettergang ikke vil bli ivarettatt i den anmodende stat.<sup>125</sup> I utredningen heter det at Sverige ikke bør medvirke til utlevering i saker der den mottakende stat ikke etterlever de grunnleggende rettssikkerhetskrav, og at det er ønskelig at dette skal fremgå direkte av lovteksten. Når det gjelder hvilke krav som skal stilles til den materielle vurderingen, presiseres det i forslaget at vurderingen etter EMDs praksis er svært streng, og at brudd som vil være i strid med normen oppstilt av EMD i alle tilfelle bør lede til at utlevering ikke kan finne sted. Slike brudd betegnes i utredningen som åpenbare, med en henvisning til EMDs anvendelse av uttrykket ”flagrant”. Men utredningen åpner i tillegg for at det kan tenkes enkeltsaker der EMDs strenge vurderingsnorm ikke er overskredet, men der svenske domstoler allikevel bør nekte å etterkomme en utleveringsbegjæring. Det pekes særlig på at fraværdommer bør utgjøre et hinder for utlevering. Ellers uttales at vurderingen av om hindring for utlevering foreligger er en kvalitativ bedømmelse av eventuelle grunnleggende brister, og at det bare er fundamentale avvik fra rettssikkerhetsgarantiene i EMK artikkel 6 som skal kunne medføre at utlevering nektes. Det fremholdes at praksis fra EMD skal

---

<sup>125</sup> SOU 2011: 71 del 2 side 532 flg.

være et vesentlig tolkningsmoment ved vurderingen, men at det ikke vil stride mot konvensjonsforpliktelsene å nekte utlevering i flere tilfeller enn hva som følger av EMDs norm. Dersom en slik lovendring vedtas, vil svensk lov kunne gi et bedre vern mot utlevering enn hva statene er forpliktet til å oppstille etter konvensjonen.

Også i NJA 2009 not N 24, som gjaldt utlevering til Aserbajdsjan, uttalte Högsta Domstolen seg om hva som ligger i den materielle normen. I saken fant domstolen at utlevering ville stride mot EMK artikkel 6, og begrunnet avgjørelsen med faktum om forholdene i Aserbajdsjan som fremgikk av en rapport fra svensk UD, der det fremgikk at rettssikkerheten i landet ”är mycket bristfällig”. Det ble også vektlagt at domstolene ikke var uavhengige og at tilgangen på forsvarer var utilstrekkelig. Sammenholdt med svært kummerlige fengselsforhold fant domstolen derfor at utlevering ikke kunne skje, fordi det ville stride mot både EMK artikkel 3 og 6. Det var altså en konkret helhetsvurdering som ledet til resultatet. Det er verdt å merke seg at Agder lagmannsrett i sin kjennelse av 12. juli 2012<sup>126</sup> opprettholdt en utleveringsbegjæring til Aserbajdsjan, mens svensk høyesterett fant at utlevering til Aserbajdsjan ikke kunne finne sted. Dette kan skyldes at rapporten fra svensk UD gav en mer detaljert fremstilling av forholdene i Aserbajdsjan, enn den generelle informasjonen Agder lagmannsrett ble fremlagt fra nettstedet [landguiden.se](http://landguiden.se).

#### **4.8 Kort oppsummert**

Behandlingen av norske, danske og svenske domstolars tolkning av den materielle normen oppstilt av EMD for ekstraterritoriell virkning for artikkel 6, viser at landene retter seg etter normene oppstilt av EMD. Det er særlig *Soering*- og *Einhorn*-sakene som er sentrale for de nasjonale domstolenes vurdering. Noen nyanseforskjeller synes imidlertid å eksistere. Det er særlig verdt å peke på antydningen i svensk rettspraksis, samt i utredningen om forslag til endringer i den svenske utleveringsloven, om en noe lempeligere norm enn den oppstilt

---

<sup>126</sup> LA-2012-101486.

av EMD. Det er imidlertid ingen ting i veien for at statene kan oppstille et bedre vern enn det som følger av konvensjonen.

## 5 Risikonormens innhold og rekkevidde

### 5.1 Innledende bemerkninger

Ved vurderingen av om det foreligger brudd på EMK artikkel 6 som kan medføre ekstraterritoriell virkning for bestemmelsen, må man i tillegg til å fastlegge hvorvidt bruddet utgjør et klart rettsbrudd ("flagrant denial"), avgjøre om det foreligger *tilstrekkelig risiko* for et slikt klart rettsbrudd. Det er vilkårene for vurderingen, slik disse oppstilles av EMD, som utgjør innholdet i risikonormen. Disse vilkårene knytter seg til kravene oppstilt av EMD til bevisvurdering, risikograd og tidspunktet for domstolens bevisvurdering.

### 5.2 EMDs etablering av risikonormen: "substantial grounds" og "real risk"

I *Soering*-dommen skisserte EMD innholdet i risikonormen som et vilkår for ekstraterritoriell virkning for artikkel 3. EMD fremholdt at det kreves at "substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country".<sup>127</sup> Uttrykkene "substantial grounds" og "real risk" er senere anvendt i en rekke EMD-dommer der tilsvarende spørsmål drøftes for artikkel 6.

I *Othman*-dommen uttalte EMD at kravet til bevisvurdering som må oppstilles for artikkel 6 er det samme som for artikkel 3.<sup>128</sup> Dette følger også forutsetningsvis av konvensjonens hierarkiske oppbygning, som blant annet fremgår av derogasjonsbestemmelsen i artikkel

---

<sup>127</sup> *Soering mot Storbritannia* i premiss 91.

<sup>128</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 261, med henvisning til *Saadi mot Italia* (37201/06), Strasbourg, 28. februar 2008, i premiss 129.

15. Derogasjonsbestemmelsen kan tale også for at risikovurderingen for ekstraterritoriell virkning for artikkel 6 må være like streng som, om ikke strengere enn, for artikkel 3, siden EMK artikkel 6 ikke utgjør en av kjernerettighetene som det ikke er anledning til å fravike på bestemte vilkår.

Hva som kreves for at vilkårene oppstilt i risikonormen anses oppfylt knytter seg til begrepene ”real risk” og ”substantial grounds”. Bevisvurderingen og tidspunktet for denne kan knyttes til uttrykket ”substantial grounds”. Uttrykket kan oversettes til ”vektige grunner”. Begrepet ”real risk” henviser til hvilken grad av risiko som kreves for at personen som begjæres utlevert vil bli utsatt for et klart rettsbrudd i den anmodende staten.

Det er viktig å merke seg at begrepene ”substantial grounds” og ”real risk” tidvis vil kunne flyte noe over i hverandre. Borgarting lagmannsrett har i RG 2011 s. 1063 uttalt at det ikke er noen vanntette skott mellom de to vurderingstemaene: ”Bruken av betegnelser som sannsynlighet, holdepunkter og risiko varierer og går til dels over i hverandre. Begrepet ”sikre holdepunkter” kan både referere til beviskrav og grad av risiko for konvensjonsbrudd.”<sup>129</sup> Poenget kan illustreres med betydningen av bevis av mer generell art, så som diplomatiske forsikringer fra den anmodende stat, samt generelle rapporter fra menneskerettighetsorganisasjoner. Disse kan ses i sammenheng med både graden av sannsynlighet og den konkrete bevisvurderingen.

### 5.2.1 Bevisvurdering

I *Einhorn*-saken behandlet EMD spørsmålet om ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 6. Domstolen henviste til risikonormen for artikkel 3 slik denne ble oppstilt i *Soering*-dommen og fremholdt i tråd med premissene i *Soering*-dommen at det kreves ”substantial

---

<sup>129</sup> RG 2011 s. 1063, kjennelsens pkt. 3.2. Retten oversatte her ”substantial grounds” til ”sikre holdepunkter”. Etter min mening er ”vektige grunner” en riktigere oversettelse. Se nedenfor i pkt. 5.3.2.

grounds” for å fastslå at personen som ble begjært utlevert ikke ville få en fornyet behandling av fraværdommen som var avsagt mot ham ved en utlevering.<sup>130</sup> Således er ”substantial grounds” et uttrykk for det krav til sannsynlighet som ligger i risikonormen, som legges til grunn av EMD ved vurderingen av om artikkel 6 er krenket. Dette kan tolkes som at det kreves bevis av en viss vekt for at artikkel 6 skal få ekstraterritoriell virkning. Krenkelsen må fremstå som åpenbar. Dette innebærer at det kreves tilstrekkelig klarhet med hensyn til det faktiske og rettslige grunnlaget for innsigelsen mot utleveringen.<sup>131</sup>

I *Einhorn*-saken fant EMD at den tiltalte rett til rettferdig rettergang ble ivaretatt gjennom garantien avgitt av amerikanske myndigheter om at tiltalte på visse premisser ville kunne få sin sak gjenopptatt. EMD konkluderte derfor med at det ikke forelå ”substantial grounds” for å anta at tiltalte risikerte en klar rettsfornektelse i strid med EMK artikkel 6 ved utlevering. Utleveringen innebar dermed ikke brudd på artikkel 6. Selv om domstolen avviste at vilkåret var oppfylt i *Einhorn*-saken, har kravet til bevisvurdering oppstilt i dommen blitt stående i senere praksis. Det er den som kreves utlevert som har bevisbyrden.<sup>132</sup>

I *Ahourgeze*-dommen gav EMD også anvisning på at beviskravet knyttet til om det foreligger tilstrekkelig alvorlige brudd på artikkel 6 er det samme som beviskravet knyttet til brudd på artikkel 3. Domstolen bekreftet dessuten uttalelsen i *Einhorn*-dommen om at det er den som kreves utlevert som må bevise at det foreligger en risiko for behandling i strid med konvensjonsrettighetene.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> *Einhorn mot Frankrike* i premiss 33.

<sup>131</sup> Kjølbro (2010) s. 373.

<sup>132</sup> Kjølbro (2010) s. 373.

<sup>133</sup> *Ahourgeze mot Sverige* i premiss 116.

### 5.2.2 Grad av risiko

Det oppstår ved vurderingen av risikonormen spørsmål om hvilken grad av sannsynlighet for risiko for brudd på artikkel 6 som kreves for at bestemmelsen skal få ekstraterritoriell virkning. Vurderingen knytter seg til begrepet ”real risk”. For å avgjøre hva som ligger i ”real risk” må rettsanvenderen foreta en konkret fremtidsrettet vurdering av forholdene i den foreliggende saken. Hvorvidt tilstrekkelig risiko foreligger vil etter dette avhenge av en helhetsvurdering av forholdene i den enkelte sak, og EMD har i sin praksis ikke drøftet ytterligere hvordan begrepet skal tolkes. I en britisk høyesterettsdom, uttalte imidlertid Lord Justice Laws at en slik risiko må være ”substantial and not merely fanciful”. Dette innebærer at den som begjæres utlevert ikke må bevise med alminnelig sannsynlighetsovervekt at vedkommende vil bli utsatt for et klart brudd på artikkel 6 ved utlevering.<sup>134</sup>

”Real risk”-vurderingen må ses i sammenheng med vurderingen av om det foreligger ”substantial grounds” for et klart konvensjonsbrudd ved utlevering. I *Bader og Kanbor mot Sverige* fant EMD etter en konkret vurdering at det forelå ”substantial grounds for believing that the first applicant would be exposed to a real risk of being executed and subjected to treatment contrary to Articles 2 and 3 if deported to his home country”.<sup>135</sup> Vurderingen av risikonormen i denne saken gjaldt artikkel 2 og 3, men siden deler av den konvensjonsstridige behandlingen klagerne ville bli utsatt for ved utlevering også knyttet seg til mangler ved retten til rettferdig rettergang, er drøftelsen av risikonormen i saken også relevant for artikkel 6. EMD vektla at det ikke var avgitt noen garantier fra syriske myndigheter verken om gjenåpning av saken eller om at dødsstraff ikke ville bli anvendt. Sammenholdt med at en tidligere rettssak knyttet til samme saksforhold ikke var gjennomført i tråd med rettssikkerhetsgarantiene oppstilt i artikkel 6, fant EMD at det forelå ”substantial grounds” for at en utlevering ville stride mot artikkel 2 og 3 med støtte i artikkel 6.

---

<sup>134</sup> *Brown and Others vs. The Government of Rwanda and the Secretary of State for the Home Department* (CO/8862/2008), London 8. april 2009 i premiss 34.

<sup>135</sup> *Bader og Kanbor mot Sverige* i premiss 48.

I *Othman mot Storbritannia* drøftet EMD også hvilken grad av sannsynlighet som kreves for at artikkel 6 skal få ekstraterritoriell virkning. Retten slo fast at bevis fremskaffet ved tortur bryter med den konvensjonsfestede retten til rettferdig rettergang. Deretter drøftet domstolen hvorvidt en reell risiko for at torturbevisene ville bli ført for retten i en påfølgende straffesak ved utlevering til Jordan var tilstrekkelig til å fastslå ansvar for Storbritannia etter artikkel 6. I denne vurderingen slo domstolen fast at det ville være urimelig å pålegge klageren i saken å bevise med alminnelig sannsynlighetsovervekt at bevisene mot ham var fremskaffet ved tortur. EMD argumenterte med at tortur er særlig vanskelig å bevise, og at dette tilsa en lemping av beviskravene.<sup>136</sup> EMDs konklusjon om sannsynlighetskravet i denne saken er altså nært knyttet til det konkrete saksforholdet. På bakgrunn av dette kan det reises spørsmål om det lempeligere beviskravet får anvendelse i saker hvor bevistemaet er enklere.

#### 5.2.2.1 Er Othman-dommen i strid med Gäfgen-dommen?

Det kan drøftes om EMD i *Othman*-dommen bryter med sine tidligere uttalelser fra *Gäfgen*-dommen. Dette gjelder særlig i tilknytning til spørsmålet om avskjæring av bevis fremskaffet ved behandling som ikke er tilstrekkelig alvorlig til å bli kategorisert som tortur, men som klassifiseres som umenneskelig eller nedverdiggende behandling. I *Othman*-dommen utelukket domstolen ikke at liknende betraktninger vil kunne gjelde der bevis er fremskaffet ved behandling som ikke er alvorlig nok til å utgjøre tortur.<sup>137</sup> Domstolen gikk ikke nærmere inn i denne drøftelsen i *Othman*-dommen, da det der uten tvil var tale om bevis fremskaffet ved tortur. Grensedragningen nedad mot umenneskelig og nedverdiggende behandling var derfor unødvendig for dommens resultat. Uttalelsen er således et *obiter dictum*. *Gäfgen*-dommen gjaldt bruk av bevis fremskaffet etter trusler om nedverdiggende behandling i forbindelse med etterforskning av kidnapping og utpressing, som medførte drap

---

<sup>136</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 274-277.

<sup>137</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 267.



på en gutt. EMD uttalte at unnlatelsen av å utelukke bevis fra straffesaken som var ervervet ved umenneskelig behandling av tiltalte ikke hadde betydning for domfellelsen i saken.<sup>138</sup>

De to dommene skiller seg imidlertid fra hverandre på et vesentlig punkt. I *Gäffen*-dommen var rettssaken allerede gjennomført, og det var derfor mulig for EMD å ta stilling til hvilken vekt bevisene fremskaffet ved nedverdiggende behandling hadde hatt for domfellelsen. EMD fant at bevisene ikke var fellelende i saken, og føringen av dem medførte derfor ikke ansvar for Tyskland for brudd på artikkel 6. I *Othman*-dommen var straffesaken mot klageren derimot ikke gjennomført. Det var derfor umulig for EMD å konstatere hvilken vekt bevisene ville bli tillagt.<sup>139</sup> Forskjellen på de to dommene er illustrerende for betydningen av tidspunktet for risikovurderingen, som er tema i det følgende.

### 5.2.3 Tidspunkt for risikovurderingen

I storkammeravgjørelsen *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* fremholdt flertallet at i tilfeller der utlevering har funnet sted, skal vurderingen av risikoen for ”a flagrant denial of justice” knyttes til det tidspunktet da utleveringen faktisk fant sted.<sup>140</sup> Etter flertallets mening var det ikke anledning til å vektlegge faktiske forhold fremkommet etter utleveringstidspunktet. Avgjørelsen er kritisert i teorien.<sup>141</sup> Storkammerets flertall fant at forholdene klagerne ble utsatt for i etterkant av utleveringen var i strid med EMK artikkel 6. Deretter konstaterte flertallet at det likevel ikke forelå brudd på artikkel 6, fordi det forelå svært svake bevis for konvensjonsstridig behandling på utleveringstidspunktet. Utleveringen ble iverksatt til tross for en anmodning fra EMD til tyrkiske myndigheter om å stille utleveringen i bero til saken var behandlet av storkammeret. Slik resultatet fremkommer i dommen kan det synes som om Tyrkia dro fordel av å utlevere i strid med EMDs anmodning,

---

<sup>138</sup> *Gäffen mot Tyskland* i premiss 187.

<sup>139</sup> Smet (2012).

<sup>140</sup> *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* i premiss 90, gjengitt i Kjølbro (2010) s. 374.

<sup>141</sup> Jacobs (2010) s. 275.

siden resultatet ble at staten ikke ble dømt. Siden bevisene som forelå før utlevering var svake, er det imidlertid ikke sikkert Tyrkia ville bli dømt dersom utleveringen ikke var gjennomført.

Dissensen i storkammeravgjørelsen i *Mamatkulov og Askarov*-saken er interessant ved drøftelsen av hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for risikovurderingen. Mindretallet uttalte at tidspunktet for bedømmelsen av når det må foreligge ”substantial grounds” må samsvare med tidspunktet for domstolsbehandlingen. Spørsmålet måtte, etter mindretallets syn, være om det forelå reell risiko for behandling i strid med artikkel 3 på det tidspunkt saken ble behandlet av EMD.<sup>142</sup>

I *Al-Sadoon*-saken,<sup>143</sup> som gjaldt utlevering til straffesak etter drap på britiske soldater i Irak, bekreftet EMD flertallets resultat i *Mamatkulov og Askarov*-saken, men med et forbehold. Domstolen uttalte at i saker der utlevering har funnet sted, er utgangspunktet at forholdene på utleveringstidspunktet skal legges til grunn ved vurderingen av om det foreligger brudd på artikkel 6. Men EMD fremholdt videre at domstolen likevel ikke er avskåret fra å vurdere forhold som er fremkommet senere.<sup>144</sup> I *Al-Moayad mot Tyskland* bekreftet EMD utgangspunktet oppstilt i *Al-Sadoon*-saken.<sup>145</sup> Etter dette er det faktum som forelå eller burde ha foreligget for konvensjonsstaten på utleveringstidspunktet som danner grunnlaget for domstolsprøvingen av hvorvidt utlevering vil medføre brudd på EMK artikkel 6. Samtidig har EMD uttalt at det er anledning til å vurdere senere forhold som eventuelt fremkommer i etterkant av en utlevering.

---

<sup>142</sup> *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* i dissenterende dommere Bratza, Bonello og Hedi-gans votum i premiss 4.

<sup>143</sup> *Al-Sadoon og Mufdhi mot Storbritannia* (61498/08), Strasbourg, 2. mars 2010.

<sup>144</sup> *Al-Sadoon og Mufdhi mot Storbritannia* i premiss 150.

<sup>145</sup> *Al-Moayad mot Tyskland* i premiss 100.

I *Ahorugeze*-dommen uttalte EMD at domstolen ved vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig risiko for brudd på artikkel 3, skal avgjøre saken basert på alt bevismateriale som er fremlagt. Domstolen uttalte dernest at tidspunktet for risikovurderingen etter artikkel 3 i saker der utlevering ikke har funnet sted, skal legges til sakens behandlingstidspunkt for EMD.<sup>146</sup>

Det har gode grunner for seg å sette tidspunktet for risikovurderingen til utleveringstidspunktet. Dersom den anmodende staten på utleveringstidspunktet var i god tro om forholdene i mottakerstaten etter å ha foretatt en forsvarlig vurdering av situasjonen for personen som begjæres utlevert, synes det urimelig å pålegge den anmodende stat konvensjonsansvar for etterfølgende forhold. Men på den annen side kan hensynet til et så riktig resultat som mulig tilsi at saken bør bedømmes i lys av alle forhold som har fremkommet om mottakerstaten i den konkrete saken også dersom saken skal bedømmes etter at utlevering har funnet sted. Dette vil også sikre individets beskyttelse etter konvensjonen i større grad.

#### 5.2.4 Relevans og vekt av generelle bevis i den konkrete sak

Et annet sentralt vurderingstema som knytter seg til bevisvurderingen i utleveringssaker er hvor stor vekt generelle rapporter om forholdene i den anmodende stat skal tillegges. I en konkret utleveringssak blir rettsanvenderen stilt overfor en rekke bevis av generell karakter. Slike bevis kan for eksempel være rapporter fra menneskerettighetsorganisasjoner om forholdene i den anmodende stat. I *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* konkluderte EMD med at generelle rapporter avgitt for eksempel av menneskerettighetsorganisasjoner som Amnesty International og Human Rights Watch, som fastslår at mottakerlandet rutinemessig godtar bevisførsel for domstolene av forklaringer og bevis som er fremskaffet ved tortur, ikke er tilstrekkelig til å konstatere brudd på artikkel 6 i en konkret sak.<sup>147</sup> Det kreves etter domstolens oppfatning altså noe mer enn generelle anførsler om tortur og umenneske-

---

<sup>146</sup> *Ahorugeze mot Sverige* i premiss 86.

<sup>147</sup> *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* i premiss 73.

lig behandling i mottakerlandet. Artikkel 6 fikk derfor ikke ekstraterritoriell virkning i det foreliggende tilfellet.

#### 5.2.4.1 Diplomatiske forsikringer

Diplomatiske forsikringer kan være avgitt i en konkret sak, eller fremkomme som en mer generell garanti.<sup>148</sup> I *Othman*-dommen la EMD vekt på diplomatiske forsikringer, og stilte i den forbindelse opp en rekke kriterier for å kvalitetssikre den avgitte forsikringen.<sup>149</sup> I *Agiza mot Sverige*<sup>150</sup> ble en diplomatisk forsikring derimot ikke ansett for å gi tilstrekkelig forsikring mot at tortur ikke ville forekomme i det konkrete tilfellet.<sup>151</sup>

I en rapport til FNs menneskerettskommisjon, tok spesialrapportøren avstand fra bruken av slike diplomatiske forsikringer i forbindelse med utlevering der det foreligger vektige grunner for å anta at den som utleveres vil bli utsatt for behandling i strid med artikkel 3.<sup>152</sup> Det må vurderes i den enkelte sak om en diplomatisk garanti er utstedt av relevante og kompetente myndigheter, og om det konkret ikke er grunn til å betvile garantiens troverdighet.<sup>153</sup> I praksis kan dette være en problematisk vurdering, da den anmodede stat ikke har anledning til å observere hvorvidt garantiene etterleves før utleveringen er iverksatt. Da kan det i enkelte tilfeller være for sent.

---

<sup>148</sup> Et eksempel på en slik generell garanti er rammeavtalen inngått mellom Storbritannia og Jordan om utlevering av terrormistenkte fra Storbritannia til Jordan, kalt Memorandum of Understanding (MoU), jf. *Othman mot Storbritannia* i premiss 21-24.

<sup>149</sup> *Othman mot Storbritannia* i premiss 189.

<sup>150</sup> *Agiza mot Sverige* (CAT/C/34/D/233/2003), FNs Torturkomite, Geneve 20. mai 2005.

<sup>151</sup> Institut for Menneskerettigheder (2012) s. 21-22.

<sup>152</sup> Nowak (2005) i avsnitt 51.

<sup>153</sup> Kjølbro (2011) s. 261.

## **5.3 Norske domstolars tolkning og anvendelse av risikonormen**

### **5.3.1 Innledende bemerkninger**

I det følgende drøftes norske domstolars tolkning og anvendelse av risikonormen. Kjennelsene som berører ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 6 knyttes til de ulike vurderingstemaene som er drøftet i behandlingen av EMDs praksis ovenfor. Det foreligger ikke mange kjennelser fra norsk rett som berører problemstillingen. Spørsmålet om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for risikovurderingen er for eksempel så langt ikke behandlet av norske domstoler. Bevisvurderingen og krav til grad av risiko gir samlet uttrykk for risikonormens innhold, og disse behandles her under ett, da drøftelsene av de to vurderingene i de norske kjennelsene ses i sammenheng. Betydningen av generelle rapporter om menneskerettighetenes kår i den anmodende staten behandles kort for seg.

### **5.3.2 Bevisvurdering og grad av risiko**

I Rt. 2007 s. 1453 var spørsmålet om utlevering av en kroatisk statsborger som ved uteblivelsesdom var dømt for drap i hjemlandet var i strid med EMK artikkel 6. I Høyesteretts vurdering av hvilken risiko for et klart rettsbrudd som kreves for at utlevering vil være i strid med EMK artikkel 6, viste førstvoterende til Borgarting lagmannsretts første kjennelse i saken.<sup>154</sup> I denne kjennelsen av 19. juli 2007 uttalte lagmannsretten at det kreves “sikre holdepunkter” for at den anmodende stat ikke vil følge det internasjonale regelverket som verner individets rettssikkerhet.<sup>155</sup> Lagmannsretten fremholdt videre at denne vurderingen må være “diktert ut fra en foreliggende sannsynlig risiko for brudd på reglene om rettferdig rettergang” i den konkrete saken.

---

<sup>154</sup> Rt. 2007 s. 1453 i premiss 31. Saken ble behandlet i lagmannsretten to ganger (LB-2007-97441 og LB-2007-119103), da Høyesteretts ankeutvalg i kjennelsen HR-2007-1367-U fant at det heftet saksbehandlingsfeil ved deler av den første lagmannsrettskjennelsen.

<sup>155</sup> LB-2007-97441.

Med utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av uttrykket, innebærer “sikre holdepunkter” at det ikke foreligger tvil om at et forhold vil inntreffe. Uttrykket blir imidlertid modifisert, idet lagmannsretten fremholder at vurderingen ”må være diktert ut fra en foreliggende sannsynlig risiko”. Høyesterett anvendte imidlertid bare uttrykket “sikre holdepunkter” fra lagmannsrettens kjennelse i sin begrunnelse, og moderasjonen i lagmannsrettens kjennelse kommer dermed ikke til uttrykk i Høyesteretts vurdering.

Videre viste Høyesterett til risikonormen oppstilt som “substantial grounds” av EMD i *Soering*-dommen. “Substantial grounds” kan oversettes med “viktige grunner”. En naturlig språklig forståelse av uttrykket ”viktige grunner” innebærer et lempeligere krav enn uttrykket “sikre holdepunkter”. Høyesterett kommenterte ikke den ulike ordlyden i de to uttrykkene nærmere. Det fremstår dermed som usikkert om Høyesterett har ment å gi uttrykk for den strengere vurderingsnormen som kan leses ut av “sikre holdepunkter”, eller om modifiseringen fra lagmannsrettens kjennelse må tolkes inn i Høyesteretts vurdering. Henvisningen til ”substantial grounds” kan tyde på at Høyesteretts intensjon var å foreta en tilsvarende vurdering som EMD. Førstvoterende fremholdt under henvisning til lagmannsrettens kjennelse og *Soering*-dommen at ”det skal mykje til for at det ved utleveringsavgjerda kan leggjast til grunn at det vil ligge føre fengselstilhøve som inneber at utlevering vil vere i strid med EMK artikkel 3”.<sup>156</sup> I det følgende drøftes hvilket uttrykk for risikonormen som er anvendt i etterfølgende norsk rettspraksis siden avsigelsen av Rt. 2007 s. 1453.

I Borgarting lagmannsretts kjennelse RG 2011 s. 1063 var spørsmålet om utlevering til straffeforfølgning i Rwanda av rwandisk borger siktet for deltakelse i folkemordet var i strid med EMK artikkel 6. Det ble i kjennelsen oppstilt tre vurderingstemaer for drøftelsen av ekstraterritoriell virkning for artikkel 3 og 6, under henvisning til EMD-dommene avsagt i *Soering*- og *Einhorn*-sakene, som lagmannsretten antok måtte følge av Rt. 2007 s.

---

<sup>156</sup> Rt. 2007 s. 1453 i premiss 33.

1453. To av de tre vurderingstemaene som lagmannsretten oppstilte i saken knytter seg til ulike aspekter ved risikonormen. Det tredje knytter seg til den materielle normens innhold, som oppstilles som en ”klar rettsfornektelse”. Disse to er henholdsvis hvilket beviskrav som skal legges til grunn i utleveringssaker og hvilket krav til risiko som må foreligge i den konkrete sak for at den som blir utlevert vil bli utsatt for en slik klar rettsfornektelse. Som allerede nevnt uttalte lagmannsretten at det ikke er vanntette skott mellom de to vurderingstemaene.<sup>157</sup> I kjennelsen skilles derfor de to vurderingene ikke klart fra hverandre. Det er vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig risiko for et klart brudd (”flagrant denial”) på retten til rettfærdig rettergang og hvilke beviskrav som oppstilles ved denne vurderingen som utgjør hvilken risikonorm domstolen mener skal legges til grunn.

Lagmannsretten uttalte at formuleringen ”sikre holdepunkter” som ble anvendt av Høyesterett i Rt. 2007 s. 1453 tilsynelatende ikke lar seg forene med EMDs praksis, men at den må ses i kontekst. Retten henviste her til uttalelsen fra Borgarting lagmannsretts første kjennelse av 19. juli 2007,<sup>158</sup> der retten slo fast at vurderingen må gjennomføres ut fra ”foreliggende sannsynlig risiko”. Denne uttalelsen ble ikke inntatt av Høyesterett i Rt. 2007 s. 1453, som nevnt ovenfor.

Lagmannsretten støttet seg videre til tingrettens behandling av risikonormen i saken. Tingretten som behandlet saken påpekte i sin kjennelse, som er inntatt i lagmannsrettens kjennelse, at den var bundet av Høyesteretts vurdering i Rt. 2007 s. 1453.<sup>159</sup> Det er interessant å merke seg at tingretten henviste til normen som ”sikre holdepunkter”, og at lagmannsretten sluttet seg til dette, samtidig som det ble vist til modifiseringen til ”foreliggende sannsynlig risiko” gjort av lagmannsretten i kjennelsen av 19. juli 2007.<sup>160</sup> Lagmanns-

---

<sup>157</sup> RG 2011 s. 1063, kjennelsens pkt. 3.2.

<sup>158</sup> LB-2007-97441.

<sup>159</sup> RG 2011 s. 1063, kjennelsens pkt 3.2.

<sup>160</sup> LB-2007-97441.

retten var åpenbart oppmerksomme på den språklige dissonansen mellom ”sikre holdpunkter” oppstilt av Høyesterett, og ”viktige grunner”, oppstilt av EMD. Samtidig uttalte tingretten at den var bundet av Høyesteretts vurderinger i Rt. 2007 s. 1453. Dette kan på den ene side tale for at lagmannsretten i saken vurderte forholdet i henhold til risikonormen oppstilt i Rt. 2007 s. 1453. På den annen side tyder henvisningen i RG 2011 s. 1063 til Borgarting lagmannsretts risikovurdering i kjennelsen av 19. juli, fremstilt som ”foreliggende sannsynlig risiko”, på at lagmannsretten i den foreliggende saken vurderte forholdene i kontekst. Dermed er vurderingen i tråd med EMDs risikonorm.

Tingrettens behandling i RG 2011 s. 1063<sup>161</sup> viser at et spesielt samspill mellom internasjonale tribunaler, EMD og nasjonale domstoler kan oppstå i visse situasjoner. EMD henviste til kjennelsen avsagt av Oslo tingrett i denne saken, som en del av gjennomgangen av ulike konvensjonsstaters praksis om utlevering til Rwanda, da *Ahorugeze*-dommen ble behandlet i Strasbourg.<sup>162</sup> Det oppstår deretter en situasjon hvor Høyesteretts ankeutvalg i sin behandling av RG 2011 s. 1063 i sin kjennelse henviste til EMDs dom i *Ahorugeze*-saken.<sup>163</sup> De nevnte avgjørelsene i denne saken og *Ahorugeze*-saken konkluderte dermed med at utlevering til Rwanda ikke strider mot EMK artikkel 6 ved å henvise til hverandre, selv om både RG 2011 s. 1063 og *Ahorugeze*-saken fremdeles verserte i henholdsvis det norske rettssystemet og for EMD. *Uwinkindi*-dommen fra ICTR danner imidlertid et felles bakteppe for de to sakene. Dette understreker *Uwinkindi*-sakens sentrale rettsskapende rolle ved spørsmål knyttet til utlevering til Rwanda.

I sin kjennelse av 12. juli 2012,<sup>164</sup> uttalte Agder lagmannsrett med henvisning til *Ahorugeze*-dommen at det er personen som begjæres utlevert som må skaffe til veie bevis for at

---

<sup>161</sup> TOSLO-2011-50224.

<sup>162</sup> *Ahorugeze mot Sverige* i premiss 72.

<sup>163</sup> HR-2011-2147-U.

<sup>164</sup> LA-2012-101486.



vedkommende ved en utlevering løper en ”reell risiko” for å bli utsatt for en åpenbar rettsfornektelse.<sup>165</sup>

Om ”real risk”-vurderingen i tilknytning til artikkel 3 uttalte lagmannsretten at denne ikke innebærer at det kreves at det er sannsynlig at den som begjæres utlevert vil bli utsatt for behandling i strid med artikkel 2, men at en ”rimelig mulighet er tilstrekkelig”. Lagmannsretten tolket i den forbindelse uttrykket ”substantial grounds” som ”positive holdepunkter av en viss vekt”. Lagmannsretten fremholdt at skranken for å nekte utlevering etter artikkel 3 er noe lavere enn tilsvarende terskel for artikkel 6. Retten uttalte også at det samme bevismessige grunnlaget kreves for påstander om krenkelse av artikkel 6 som artikkel 3.<sup>166</sup> Uttrykket ”positive holdepunkter av en viss vekt” utgjør en lavere terskel enn ”sikre holdepunkter”. Dette er sammenfallende med lagmannsrettens vurdering av at terskelen for å nekte utlevering er lavere for artikkel 3 enn for artikkel 6.

Lagmannsretten la i sin vurdering vesentlig vekt på at Aserbajdsjan er medlem av Europarådet, samt garantiene gitt av myndighetene i landet om at personen som ble begjært utlevert ville få en rettergang i tråd med garantiene i EMK artikkel 6. Lagmannsretten understreket også at adgangen til å avslå en utleveringsbegjæring er meget snever i praksis, og at EMD aldri har funnet vilkårene oppfylt.<sup>167</sup>

Det bør nevnes at lagmannsretten i denne vurderingen ikke viste til *Othman*-dommen fra EMD, som ble endelig i mai 2012. Dommen fra EMD forelå dermed da lagmannsretten avsa sin kjennelse. Lagmannsretten slo fast at EMD aldri har funnet at ”vilkårene har vært funnet oppfylt i noen enkelt sak” og på denne bakgrunn konkluderte retten med at artikkel 6 ikke ville være til hinder for utlevering i den konkrete saken. Siden kjennelsen ble avsagt

---

<sup>165</sup> LA-2012-101486 på s. 7.

<sup>166</sup> LA-2012-101486 på s. 8.

<sup>167</sup> LA-2012-101486 på s. 7.

etter *Othman*-dommen er lagmannsrettens uttalelse ikke korrekt, ettersom artikkel 6 fikk ekstraterritoriell virkning i *Othman*-dommen.

Ved avgjørelsen i saken la retten vekt på at EMD aldri har funnet vilkårene for ekstraterritoriell anvendelse av artikkel 6 oppfylt. Selv om denne uttalelsen ikke er riktig, synes det avgjørende for lagmannsretten å ha vært mangelen på konkrete bevis i saken, sammenholdt med det faktum at Aserbajdsjan er medlem av Europarådet. Dette er i tråd med EMDs praksis, og det kan dermed hevdes at feilen ikke fikk avgjørende betydning.

### 5.3.3 Relevans og vekt av generelle rapporter

Saken som ble behandlet i Agder lagmannsretts kjennelse av 12. juli 2012<sup>168</sup> skiller seg fra faktum i *Othman*-dommen på flere vesentlige områder. I *Othman*-dommen var spørsmålet om domfellelse basert på bevis fremskaffet ved tortur av vitner var i strid med EMK artikkel 6. I saken for Agder lagmannsrett var derimot anførselene knyttet til artikkel 6 av en mer generell karakter, og det ble ikke fremlagt konkrete bevis som tydet på at retten til rettfærdig rettergang ikke ville bli ivaretatt. Risikoen for brudd i den konkrete sak ble derfor ansett som utilstrekkelig.

Lagmannsretten bekreftet at det er generell grunn til bekymring hva gjelder beskyttelse av menneskerettighetene i Aserbajdsjan, med støtte i informasjon fra nettstedet [landguiden.se](http://landguiden.se), som inneholder generell informasjon om ulike stater. Men sammenholdt med at Aserbajdsjan er medlem av Europarådet, og dermed underlagt EMDs jurisdiksjon ble bekymringer vedrørende den generelle situasjonen ikke ansett tilstrekkelig tungtveiende til å gi artikkel 6 ekstraterritoriell virkning. Dette er i tråd med EMDs resonnement i *Mamatkulov og Askarov*-dommen, der EMD fant at generelle rapporter om menneskerettighetenes kår i en stat ikke er nok til å fastslå konvensjonsbrudd i en konkret sak. Det kreves tydeligere holdpunkter. Lagmannsretten viste ikke til drøftelsen av problemstillingen i *Mamatkulov og*

---

<sup>168</sup> LA-2012-101486.

*Askarov*-dommen, men det er klart samsvar mellom lagmannsrettens resonnement og dommen fra EMD.

## **5.4 Kort oppsummert**

Som fremstillingen av etterfølgende praksis fra norske domstoler viser, har uttrykket ”sikre holdepunkter” blitt stående som risikonormen som anvendes. Det må imidlertid nevnes at lagmannsretten i RG 2011 s. 1063 henviser både til det modererende uttrykket ”foreliggende sannsynlig risiko” i lagmannsrettens behandling av saken i Rt. 2007 s. 1453, og til EMDs oppstilling av normen som ”substantial grounds”. Dette tyder på at lagmannsretten i RG 2011 s. 1063 tok EMDs risikonorm i betrakning, selv om det ikke fremkommer direkte av vurderingen.

Uttrykkene ”sikre holdepunkter” og ”viktige grunner” har ikke en helt overlappende ordlyd. ”Sikre holdepunkter” gir anvisning på en høyere terskel for risikovurderingen enn ”viktige grunner”. I praksis kan den ulike ordlyden medføre at norske domstoler, under henvisning til Høyesteretts kjennelse i Rt. 2007 s. 1453, oppstiller en høyere terskel enn EMD ved vurderingen av hvilken risiko som kreves. Dette kan etter min oppfatning være problematisk sammenholdt med norske domstolars plikt til å anvende EMK, jf. menneskerettslovens §§ 2 nr. 1 og 3, og herunder ta i betraktning EMDs avgjørelser.<sup>169</sup>

## **5.5 Andre nasjonale domstolars tolkning og anvendelse av EMDs risikonorm**

### **5.5.1 Grad av risiko**

I svensk rett foreligger flere sentrale kjennelser som behandler ulike aspekter ved risikonormen. Högsta Domstolen uttalte seg i HD Ö 1722/12, som gjaldt utlevering til Kosovo

---

<sup>169</sup> Jf. f.eks. Rt. 2005 s. 833 i avsnitt 45.

for soning av dom for drapsforsøk, om hvilken risiko som kreves for at utlevering skal nektes etter EMK artikkel 6. Retten fant at det kreves at det er ”sannolikt” at vedkommende ”løper en allvarlig risk”. Det ble også presisert at det var den individuelle risiko for den personen som begjæres utlevert som skal vurderes.<sup>170</sup> Domstolen vurderte tilsynelatende artikkel 6 etter tilsvarende norm som artikkel 3. ”Allvarlig risk” kan gi anvisning på en strengere vurdering enn reell risiko.

### 5.5.2 Relevans og vekt av generelle rapporter

I NJA 2009 N 24 not, som er drøftet ovenfor i kapittelet om den materielle normen, fant Högsta Domstolen at utlevering til Aserbajdsjan var i strid med EMK artikkel 3 og 6. Det springende punkt i rettens vurdering var innholdet i en rapport fremlagt av det svenske utenriksdepartement om menneskerettighetenes stilling i Aserbajdsjan. Det ble i rapporten fremholdt at retten til en rettferdig rettergang i landet ofte er en illusjon, og at rettssystemet lider av utbredt korrupsjon der bestikkelser er allment akseptert. Rapporten konstaterte også at tilgangen på uavhengige forsvarsadvokater var helt utilstrekkelig.<sup>171</sup> Sammenholdt med de svært kummerlige forholdene i aserbajdsjanske fengslser fant domstolen at en utlevering etter dette ville være i strid både med artikkel 3 og artikkel 6. Domstolen gikk i så måte lenger enn EMD gjorde i *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*, der generelle rapporter om menneskerettighetenes tilstand ikke ble ansett som tilstrekkelig tungtveiende til at utlevering var i strid med EMK artikkel 6.

Også i Högsta Domstolens dom i *Ahorugeze*-saken, uttalte domstolen seg om hvilke momenter som kan vektlegges i en bevisvurdering. Domstolen konstaterte her at informasjon om de allmenne forhold i domstoler og fengsler i den anmodende stat etter EMKs bestemmelser kan være helt avgjørende ved bedømmelsen av om utlevering skal tillates eller ikke. Domstolen uttalte også at dette ikke er avgjørende etter utlämningsla-

---

<sup>170</sup> HD Ö 1722/12.

<sup>171</sup> NJA 2009 not N 24.

gens bestemmelser.<sup>172</sup> Domstolen kom i den konkrete saken til at det ikke forelå tilstrekkelig risiko for at klageren ville bli utsatt for ”flagrant denial of justice” ved utlevering til Rwanda, men uttalte i forbindelse med riskovurderingen, at i de tilfeller der staten selv kan avgjøre hvilke krav som bør stilles for at utlevering skal kunne skje, bør det være anledning til å nekte utlevering der det er grunn til å tro at retten til rettferdig rettergang ikke vil bli ivaretatt. Domstolen fremholdt at denne muligheten foreligger ”helt oberoende av risiken for ett flagrant brott mot principerna”.<sup>173</sup> Det illustrerer at konvensjonsstatene har anledning til å oppstille et sterkere vern mot utlevering enn hva de er forpliktet til etter EMK. Domstolen begrenset likevel rekkevidden av uttalelsen noe, da den fulgte opp med å konstatere at man i nasjonal praksis bør ta hensyn til den strenge norm som er oppstilt for artikkel 6 av EMD. Dersom uttalelsen legges til grunn i fremtidige saker for svenske domstoler, vil den kunne innebære en lavere terskel for riskovurderingen enn den som er oppstilt etter EMDs praksis.

I den danske dommen fra 2002,<sup>174</sup> fant Højesteret at utlevering ikke var i strid med EMK artikkel 6. Højesteret støttet seg til byrettens kjennelse i saken, der dommerne la vekt på forbrytelsens svært alvorlige karakter og strafferamme.<sup>175</sup> I så måte kan dommen stå som en illustrasjon på hvordan henholdsvis hensynet til en effektiv strafferettspleie og hensynet til individets rettigheter av og til kolliderer, og hvordan de to hensynene vektes. Der forbrytelsen en person kreves utlevert for er av alvorlig art taler sterkere grunner for å utlevere lovbryteren. Retten fant at fremleggelse av generelle rapporter om mangler ved det brasilianske rettssystemets ikke veide tilstrekkelig tungt til å nekte utlevering. Dette er i tråd med EMDs vurdering av vekten av generelle rapporter i *Mamatkulov og Askarov*-dommen.

---

<sup>172</sup> NJA 2009 s. 280 på side 283.

<sup>173</sup> NJA 2009 s. 280 på side 290.

<sup>174</sup> U.2002.555H.

<sup>175</sup> Århus byretts kjennelse av 30. mars 2001, gjengitt i U.2002.555H.

Retten slo fast at selv om enkelte aspekter ved det brasilianske politi og rettssamfunn ikke tilfredsstilte kravene til rettferdig rettergang, var ikke manglene alvorlige nok til å nekte utlevering. Dette er i tråd med EMDs ”stringent test”-vurdering.

## 6 Avsluttende bemerkninger

Denne oppgaven har drøftet vilkårene oppstilt av EMD for ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 6 i utleveringssaker. Vilkårene består av to normer. Den materielle normen er av EMD er oppstilt som “a flagrant denial of a fair trial”, som kan oversettes med “klart rettsbrudd”. Risikonormen oppstilles som “substantial grounds” og ”real risk”, som kan oversettes med “vektige grunner” og ”reell risiko”. EMD fremholder at vurderingen av om det foreligger et slikt klart rettsbrudd utgjør en “stringent test”. Som drøftelsene knyttet til de to normene har vist, er terskelen høy for å nekte utlevering med hjemmel i EMK artikkel 6.

Frem til avsigelsen av *Othman*-dommen i 2012, har domstolen aldri gitt artikkel 6 ekstraterritoriell virkning. I dommen oppstilte EMD fire typetilfeller av brudd på artikkel 6 som kan medføre ekstraterritoriell virkning for bestemmelsen. Disse knytter seg til situasjoner der rettighetene i konvensjonsbestemmelsen så godt som utslettes eller mister sitt reelle innhold. I fremstillingen av typetilfellene oppsummerer EMD den trinnvise utviklingen av innholdet i den materielle normen gjennom domstolens praksis. Således eksemplifiserer typetilfellene i *Othman*-dommen EMDs dynamiske utvikling av konvensjonsrettighetene i tråd med konvensjonens formål om effektivt og praktisk vern. I *Othman*-dommen bekreftet EMD torturforbudets absolutte karakter. Forbudet ses i dommen i sammenheng med retten til rettferdig rettergang. EMD valgte i saken å gi EMK artikkel 6 selvstendig ekstraterritoriell virkning i saken, i stedet for å konstatere brudd på artikkel 3.

I saker der det påberopes at utlevering vil medføre brudd på retten til rettferdig rettergang i mottakerstaten, er det to ulike hensyn som må veies mot hverandre. Disse er henholdsvis

det enkelte individs menneskerettigheter, som EMK beskytter, og hensynet til en effektiv strafferettspleie som et virkemiddel for å begrense muligheten for straffunndragelse. Adgangen til å vektlegge hensynet til individets rettigheter øker med konvensjonsbruddets alvorlighetsgrad, slik det fremgår av EMDs ”stringent test”-vurdering.

Fremstillingen av norsk praksis viser at norske domstoler anlegger en høy terskel for å underkjenne utleveringsbegjæringer. Dette er i tråd med EMDs ”stringent test”-vurdering knyttet til den materielle normen. Norske domstoler er sparsomme med å begrunne sine resultater, men det er ingen holdepunkter for at domstolene anlegger en høyere terskel for den materielle vurderingen enn EMD. Når det gjelder norske domstolars anvendelse av risikonormen, er det uheldig at uttrykket ”sikre holdepunkter” oppstilt i Rt. 2007 s. 1453, som gir anvisning på en strengere vurdering enn EMDs ”viktige grunner” har blitt stående som et uttrykk for risikonormen. Det er imidlertid vanskelig å finne holdepunkter for at risikonormen i praksis anvendes strengere, fordi etterfølgende praksis henviser til EMDs ”substantial grounds”. Men det er åpenbart uheldig at normen fremkommer gjennom et uttrykk som ved en ordlydsfortolkning oppstiller en høyere terskel enn EMD har gitt anvisning på. Dette bør klarlegges i fremtidig praksis.

Svensk rettspraksis synes på den annen side åpen for en mer liberal tilnærming til ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 6. Både i svensk rettspraksis og i forarbeidene til ny svensk utleveringslov fremholdes at det kan tenkes tilfeller der en person ikke utleveres på bakgrunn av en konkret vurdering, selv om vedkommende ikke er vernet mot utlevering etter den strenge normen oppstilt av EMD. Dette vil i praksis medføre et mer omfattende vern mot utlevering enn det som følger av EMK. Det er naturligvis ingen ting i veien for at konvensjonsstatene kan ha et vern mot utlevering som gir større grad av beskyttelse enn minstekravet oppstilt av EMD.

Fra dansk praksis foreligger det bare én høyesterettsdom som behandler problemstillingen. I dommen ligger dansk høyesterett på linje med EMD både i vurderingen av den materielle normen og risikonormen.

I teorien er det hevdet at menneskerettighetene som nektingsgrunn får begrenset nedslagsfelt i praksis.<sup>176</sup> Fordi terskelen for å nekte utlevering med hjemmel i artikkel 6 ligger svært høyt, er dette delvis riktig. Retten til rettferdig rettergang som en ekstraterritoriell virkning vil kun kunne få gjennomslagskraft i et fåtall saker. Samtidig viser *Othman*-dommen at det kan oppstå situasjoner der EMK artikkel 6 får betydning i utleveringssaker. Selv om ekstraterritoriell virkning for EMK artikkel 6 i praksis vil spille en beskjeden rolle i de fleste utleveringssaker, kan den være avgjørende i det fåtallet av saker der den materielle normen og risikonormen overskrides og utlevering vil stride mot retten til rettferdig rettergang.

---

<sup>176</sup> Mathisen (2009) s. 189.



## 7 Litteraturliste

### 7.1 Litteratur

- Andenæs, Mads og Erik Bjørge *Menneskerettene og oss*. Oslo, 2012.
- Gravdal, Tove *Lei av overdommere*. I: Morgenbladet 2.-8. mars 2012.
- Høstmælingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. utgave. Oslo, 2012.
- Jacobs, Francis, Robin C. A. White og Clare Ovey *The European Convention on Human Rights*. 5. utgave. New York, 2010.
- Jonassen, Arild M. *Vil returnere folkemordettersøkt til Rwanda*. I: Aftenposten 12. oktober 2012.
- Kjølbrot, Jon Fridrik *Den europeiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*. 3. utgave. København, 2010.
- Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art.1-9)*. Lorenzen, et. al. 3. utgave København, 2011.
- Mathisen, Gjermund *Utlevering for straffbare forhold*. Oslo, 2009
- Mirmotahari, Amir *EMK og mellomprivate konflikter. Statsansvar for mellomprivate konflikter etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*. Oslo, 2007.
- Opsahl, Torkel *Internasjonale menneskerettigheter. En innføring*. 2. utgave. Oslo, 1996.
- Påle, Karin. *Villkor för utlämning*. Uppsala, 2003.

### 7.2 Nettkilder

- Casciani, Dominic. *Profile: Abu Qatada*. BBC News URL: <http://www.bbc.co.uk/news/uk-16584923> (Sisert 14.11.12).
- Emberland, Marius. *Det eksterritorielle vernet i EMK artikkel 3 - en oppdatering*. I: Jus-sens Venner. 1999, s. 31-47. (Sisert fra Lovdata 13.10.12)

Institut for Menneskerettigheder. *Udvisning og udlevering. Status 2012*. København (2012) [www.menneskeret.dk](http://www.menneskeret.dk) (Sitert 09.10.12)

Leonhardsen, Erlend M. *Å betrakte andres lidelse som «inadmissible» - Anvendelse av den europeiske menneskerettighetskonvensjon utenfor konvensjonsstatenes grenser*. I: Lov og rett 04/2007 s. 234-252 (Sitert fra Idunn.no 02.11.12)

Musoni, David, *European court upholds Ahorugeze extradition* I: New Times. URL: <http://www.newtimes.co.rw/news/index.php?i=15024&a=54836> (Sitert 13.11.12)

Nowak, Manfred, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* (A/60/316), 2005  
URL: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/43f30fb40.html> (Sitert: 01.11.12)

Smet, Stijn, *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom: Questioning Gäfgen?*  
URL: <http://strasbourgobservers.com/2012/02/08/othman-abu-qatada-v-the-united-kingdom-questioning-gafgen/> (Sitert 06.09.12)

Justis- og beredskapsdepartementet. Pressemelding nr. 115 2012.  
URL: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/pressecenter/pressemeldinger/2012/person-siktet-for-folkemord-utleveres-ti.html?id=704667> (Sitert 15.10.12)

## **7.3 Lovregister**

### **Norske lover**

Lov av 13. juni 1975 om utlevering av lovbrøttere. (Utleveringsloven)

Lov av 24. juni 1994 nr. 38 om gjennomføring i norsk rett av De forente nasjoners sikkerhetsråds vedtak om opprettelse av en internasjonal domstol for forbrytelser i det tidligere Jugoslavia og Rwanda.

Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven)

Lov av 15. juni 2001 nr. 65 om gjennomføring i norsk rett av Den internasjonale straffedomstols vedtekter av 17. juli 1998 (Roma-vedtektene)

Lov av 20. januar 2012 nr. 4 om pågriping og overlevering til og frå Noreg for straffbare forhold på grunnlag av ein arrestordre (Arrestordreloven).

### **Danske lover**

Lovbekendtgørelse 1998-10-19 nr. 750 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

### **Svenske lover**

Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

### **Svenske forarbeider:**

Utlämning del II – betänkande av Utlämningsutredningen (SOU 2011-71 del 2) Stockholm, 2011

## **7.4 Traktater**

EMK: Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma, 4. november 1950

FNs torturkonvensjon: Konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, New York 10. Desember 1984

Wien-konvensjonen: Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. Mai 1969

## 7.5 Domsregister

### Dommer fra Menneskerettsdomstolen i Strasbourg

*Ahorugeze mot Sverige* (37075/09) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 27. oktober 2011

*Al-Moayad mot Tyskland* (35865/03) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 20. februar 2007

*Al-Sadoon og Mufdhi mot Storbritannia* (61498/08) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 2. mars 2010

*Airey mot Irland* (6289/73) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 9. oktober 1979

*Bader og Kanbor mot Sverige* (13284/04) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 8. november 2005

*Chahal mot Storbritannia*, (22414/93) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 15. november 1996

*Delcourt mot Belgia* (2689/65) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 17. januar 1970

*Drozdz og Janusek mot Frankrike og Spania* (12747/87) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 26. juni 1992

*Einhorn mot Frankrike* (71555/01) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg 16. oktober 2001

*Gäfgen mot Tyskland* (22978/05) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 1. juni 2010

*Goodwin mot Storbritannia* (28957/95) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 11. juli 2002

*Irland mot Storbritannia* (5310/71) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 18. januar 1978

*Jalloh mot Tyskland* (54810/00) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 11. juli 2006

*Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* (46827/99 og 46951/99) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 4. februar 2005

*Natelitic mot Kroatia* (51891/99) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 4.mai 2000

*Othman mot Storbritannia* (8139/09) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 17. januar 2012

*Saadi mot Italia* (37201/06) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, Strasbourg, 28. februar 2008

*Sejdovic mot Italia* (56581/00) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 1. mars 2006

*Soering mot Storbritannia* (14038/88) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 7. juli 1989

*Stapleton mot Irland* (56588/07) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 4. mai 2010

*Stoichkov mot Bulgaria* (9808/02) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 24. juni 2005

*Tyrer mot Storbritannia* (5856/72) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 25. april 1978

*Walston mot Norge* (37372/97) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, 3. juni 2003

*Öcalan mot Tyrkia* (46221/99) Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg 12. mai 2005

### **FNs torturkomité**

*Agiza mot Sverige* (CAT/C/34/D/233/2003), FNs Torturkomite, Geneve 20. mai 2005

### **Dommer fra ICTR**

*Jean Uwinkindi v. Prosecutor* (ICTR-01-75-AR11bis) The International Criminal Tribunal for Rwanda, Arusha 16.12.2011

### **Norsk rettspraksis**

HR-2012-01621-U

HR-2012-1844-U  
HR-2011-2147-U  
Rt. 2010 s. 1170  
Rt. 2009 s. 594  
HR-2009-431-U  
Rt. 2007 s.1453  
HR-2007-1367-U  
Rt. 2005 s. 833  
LA-2012-101486  
RG-2011-1063  
LF-2009-203679  
LB-2007-97441  
LB-2007-119103  
TOSLO-2011-50224

**Svensk rettspraksis**

NJA 2003 s. 318  
NJA 2009 not N 24  
NJA 2009 s. 280

**Dansk rettspraksis**

U.2002.555H

**Britisk rettspraksis**

Brown, Munyaneza, Nteziryayo and Ugirashebjua (Appellants) vs. The Government of Rwanda and the Secretary of State for the Home Department (Respondents)  
CO/8862/2008, The High Court of Justice, London 8. april 2009